

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA
NA PERSPECTIVA TEÓRICA DE MANUEL ATIENZA**

RAFAEL BOTELHO DE CASTRO AMORIM

RIO DE JANEIRO

2008

RAFAEL BOTELHO DE CASTRO AMORIM

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA
PERSPECTIVA TEÓRICA DE MANUEL ATIENZA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. Margarida Lacombe Camargo

RIO DE JANEIRO

2008

Amorim, Rafael Botelho de Castro.

Discricionariedade Judicial e Argumentação Jurídica na Perspectiva Teórica de Manuel Atienza / Rafael Botelho de Castro Amorim. – 2008.

51 f.

Orientador: Margarida Lacombe Camargo.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 52-54.

1. Hermenêutica Jurídica - Monografias. 2. Discricionariedade Judicial. I. Camargo, Margarida Lacombe. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Discricionariedade Judicial e Argumentação Jurídica na Proposta de Manuel Atienza.

CDD 340.326

RAFAEL BOTELHO DE CASTRO AMORIM

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA
PERSPECTIVA TEÓRICA DE MANUEL ATIENZA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Margarida Maria Lacombe Camargo – Presidente da Banca Examinadora
Professora Doutora da Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientadora

2º Examinador

3º Examinador

AGRADECIMENTOS

À minha excelente orientadora, Prof^a. Margarida Maria Lacombe Camargo, pela enorme paciência e dedicação com que orientou este trabalho.

A Sonia Maria Botelho de Castro e Raquel Botelho Amorim Salgado pelo grande apoio e inestimável incentivo.

RESUMO

AMORIM, R. B. de C. *Discrecionalidade Judicial e Argumentação Jurídica na Perspectiva Teórica de Manuel Atienza*. 2008. 51 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

No trabalho que ora se apresenta, são analisadas as questões relevantes envolvendo o tema da discrecionalidade judicial sob a ótica da argumentação jurídica de Manuel Atienza. De uma forma introdutória, inicia-se a primeira parte da monografia voltada, para a melhor compreensão do tema, à conceituação de discrecionalidade e à análise da situação em que se encontra o tema, em relação à argumentação jurídica. Buscar-se-á, igualmente, distinguir a evolução teórica da discrecionalidade sob o ponto de vista de autores ligados ao juspositivismo, nomeadamente Hans Kelsen e Herbert L. A. Hart, e, em seguida, as críticas e propostas feitas por Ronald Dworkin quanto à concepção de discrecionalidade destes dois autores. Na segunda parte é estudada a concepção de Manuel Atienza propriamente dita, ou seja, a sua forma específica de encarar a teoria do direito e a argumentação jurídica, em seguida, a sua proposta para a resolução de casos difíceis e, por fim, os critérios de correção para a resolução destes casos.

Palavras-Chave: Teoria do Direito; Hermenêutica Jurídica; Discrecionalidade Judicial; Argumentação Jurídica; Casos Difíceis.

ABSTRACT

AMORIM, R. B. de C. *Discrecionalidade Judicial e Argumentação Jurídica na Perspectiva Teórica de Manuel Atienza*. 2008. 51 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The questions involving discretionary power are analyzed in this work under the point of view of the Legal Reasoning Theory of Manuel Atienza. Toward a better understanding of the subject, the first part turns it for the conceptualization and analysis of the situation where it is found the subject, as well as the theoretical evolution of the discretionary power under the point of view of authors connected to the legal positivism, such as Hans Kelsen and Herbert L. A. Hart, and the point of view Ronald Dworkin, which have alternative proposals for the conception of discretionary power of these two authors. In the second part, the conception of discretionary power of Manuel Atienza properly said is studied, so is his conception of legal theory and legal reasoning, its proposal for the resolution of hard cases and criteria of correction for the resolution of these cases.

Keywords: Legal Theory; Legal Hermeneutics; Discretionary Power; Legal Reasoning; Hard Cases.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	01
2. A EXISTÊNCIA DA DISCRICIONARIEDADE E A NECESSIDADE DE CONTROLES.....	03
2.1. A distinção entre negar a existência da discricionariedade e afirmar sua existência com controles.....	04
2.2. A divergência entre positivistas e não positivistas sobre a natureza da discricionariedade.....	07
3. O PAPEL DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA ATIVIDADE JURISDICIONAL: O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE.....	08
3.1. O objetivo da teoria da argumentação.....	12
4. A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA NORMA E SUA RELAÇÃO COM O PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ.....	14
4.1. Hans Kelsen e a moldura de imprecisão da norma.....	17
4.2. Herbert L. A. Hart e a textura aberta do direito.....	20
4.3. Ronald Dworkin e o romance em cadeia.....	24
5. A PROPOSTA DE MANUEL ATIENZA.....	29
5.1. Premissas gerais da proposta.....	30
5.1.1. <u>Contexto de descoberta e contexto de justificação</u>	30
5.1.2. <u>As distintas funções da dogmática jurídica</u>	31
5.1.3. <u>Sobre o determinismo e o decisionismo</u>	31
5.1.4. <u>O caráter institucionalizado da argumentação jurídica</u>	32
5.2. Três concepções de argumentação jurídica.....	36
5.1.1. <u>O papel da razão na argumentação</u>	36
5.1.2. <u>O papel da lógica na argumentação</u>	37
5.1.3. <u>O papel da retórica na argumentação</u>	40
5.1.4. <u>Conclusão</u>	41
6. A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL EM MANUEL ATIENZA.....	43
6.1. A problemática da resolução dos casos difíceis.....	44
6.2. Critérios de correção de decisões.....	46
6.3. A concepção unitária e racionalista da argumentação.....	48
7. CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIA.....	52

1. INTRODUÇÃO

Esta monografia abordará o tema da discricionariedade judicial, sob o enfoque da teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Manuel Atienza.

Não se ostenta aqui a ambição de esgotar o tema, mas este trabalho representa apenas uma tentativa de expor a problemática da discricionariedade judicial com base na compreensão do referido autor, e uma busca por oferecer maior clareza para a discussão sobre o assunto.

Primeiramente cabe explicar em que consiste a discricionariedade. Será dada, de antemão, uma idéia provisória do que ela é, a fim de possibilitar o início da exposição, ao longo da qual será aprofundado o conhecimento sobre o assunto e, por fim, oferecer uma definição mais precisa sobre ele. A concepção usada como premissa deste trabalho consiste em entender a discricionariedade como a parcela de poder do juiz em que este exerce o seu poder livre de constrições por parte das regras legais. Este é um ponto que será mais aprofundado no Capítulo 4. Por agora, basta fazer a ressalva que compreendemos que as regras legais não são os únicos fatores passíveis de influenciar a interpretação jurídica.

A fim de dar um perfil mais atual ao estudo, e buscar transpor as dificuldades de um tema que não tem sido diretamente debatido nos cursos de graduação, buscar-se-á subsídio nas obras de Manuel Atienza, um dos mais importantes autores da teoria jurídica contemporânea, que tem contribuído de forma inovadora para esclarecer os processos e estruturas que envolvem a construção da decisão jurídica. Ele tem dado destaque à problemática da resolução de casos difíceis, uma área que contribui diretamente para a investigação da discricionariedade judicial e com a qual possui muitos pontos em comum.

Entretanto, antes de adentrarmos propriamente na proposta de Manuel Atienza, é preciso fazer uma análise, ainda que superficial, da obra de autores precursores do estudo da discricionariedade judicial na Teoria do Direito, a fim de introduzir o assunto em um contexto mais amplo e saber em que estado encontra-se o assunto.

Os precursores de Manuel Atienza na investigação da discricionariedade influenciaram o tema, trazendo novas contribuições, seja admitindo indiretamente o

controle sobre ela (Dworkin) ou afirmando diretamente a liberdade de interpretação de maneira simples (Kelsen e Hart).

O objetivo do presente estudo está direcionado à problemática da insuficiência da lei para a resolução, por parte dos juristas, de casos não previstos pelo legislador, buscando-se meditar sobre o perene debate entre aqueles que afirmam a existência da discricionariedade judicial balizada apenas pelo direito positivo, e aqueles que buscam critérios de correção para a resolução de casos em que mais de uma resposta é possível, perante o direito posto.

Para tanto, partiremos das seguintes pontos de partida: que a discricionariedade judicial é um dado; uma realidade para a qual se deve estar atento para a existência, em maior ou menor grau; e que são necessários critérios seguros para resolver divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca de antinomias normativas, ambivalência textual e multiplicidade de soluções a determinado problema jurídico.

Afinal de contas, no moderno Estado de Direito deve-se ter em mente que o espaço de discricionariedade na interpretação deve ser respeitado e compreendido. Logo, vale observar como se dará a superação desse problema, pois, apesar de se tratar, a princípio, de uma questão teórica, esta discussão permeia toda a atividade judicial, sendo capaz de definir a feição do Poder Judiciário no futuro, dando contorno a todo o seu desempenho, através de uma percepção nova do exercício das suas incumbências e da sua relação com os outros poderes.

2. A EXISTÊNCIA DA DISCRICIONARIEDADE E A NECESSIDADE DE CONTROLES

Com o intuito de esclarecer as bases sobre as quais nos lançaremos à tarefa de identificar os contornos da discricionariedade judicial, algumas considerações iniciais são necessárias.

Uma necessidade prévia na investigação deste problema é saber qual a posição da discricionariedade no âmbito da Teoria do Direito. A ciência jurídica como um todo possui como preocupação central a idéia de decisão, a qual, sem dúvida, o tema desta monografia é conexo. Sendo assim, a atividade decisória liga-se à hermenêutica jurídica e à prática de aplicação do direito, vinculando-se, por isso, ao estudo da prática jurisprudencial e à análise sistemática das normas.

Ademais, outras considerações são necessárias. Será feita uma pequena digressão por assuntos preliminares com o objetivo de atingir a problemática do tema, propriamente dita. É preciso ultrapassar a *vexata questio* da existência da discricionariedade judicial, a qual pode ser oposta a idéia de formalismo no direito, no sentido estrito, que é de oposição à idéia que a função da interpretação é unicamente revelar a intenção do legislador, que, conseqüentemente, nega a discricionariedade no direito. Devem ser deixados de lado pontos de vista que insistem em simplificar o tema, deixando de lado fatores importantes.

Finalmente, deve-se visitar a distinção entre negar a existência da discricionariedade e afirmar sua existência com controles. Não se quer aqui adotar uma “teoria normativa”, ou seja, prescrever mais do que descrever, no entanto, se não se admitisse a insuficiência do simples reconhecimento da discricionariedade, não haveria necessidade de propostas. Deste modo, adentraremos, em seguida, na divergência entre positivistas e não positivistas sobre a natureza da discricionariedade.

2.1. A distinção entre negar a existência da discricionariedade e afirmar sua existência com controles

É necessário firmar conceitualmente a existência da discricionariedade judicial, tendo em vista a persistência de uma concepção formalista na teoria do direito, no sentido que foi explicado anteriormente, a qual nega a existência da discricionariedade. Esta questão não trata ainda do debate entre o positivismo e o não positivismo, mas cuida tão somente da idéia primária, que alguns possuem, de que as normas “vinculem como grilhões”. É uma discussão que ainda merece ser visitada e, para se avançar na investigação da discricionariedade judicial, é necessário afastar *a priori* a concepção formalista do direito.

A existência da discricionariedade judicial nem sempre foi tema posto em dúvida. No direito romano, por exemplo, a atividade da magistratura era amplamente discricionária. Papiniano definiu o direito pretoriano como “aquele que os pretores introduziram para secundar, ou suprir ou corrigir o direito civil, tendo em vista o interesse público”¹. Em suas origens, o direito romano era basicamente o direito pretoriano. Na sua evolução, porém, o direito pretoriano perdeu parte de sua importância, tendo seus avanços sido incorporados ao poder legislativo.

Não pretendemos apresentar aqui a completa dinâmica histórica da discricionariedade, pois essa tarefa foge do escopo deste trabalho. Importante é entender que, desde então, o gradativo aperfeiçoamento da ciência jurídica foi levando os juristas a acreditarem que um dia atingiríamos um grau de técnica que dispensaria por completo a figura do magistrado como era concebida no direito romano.

Nesta perspectiva tecnicista, o juiz deixaria de desempenhar um lugar ativo e dinâmico, capaz de fazer escolhas entre caminhos que se abrem no dia-a-dia do direito, e assumiria um papel mais passivo e estático, no qual apenas aplicaria uma norma pronta aos casos já previstos.

No século vinte, ganharam força vários movimentos jusfilosóficos tendentes ao reconhecimento das limitações da concepção puramente formalista do direito. Esses movimentos tiveram adeptos de diferentes ideologias. Concomitantes a isso, houve um fortalecimento do positivismo no pensamento jurídico mundial. A partir daí,

¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, vol. I, Ed. Forense. N.º 57.

o debate em torno do positivismo se intensificou, enquanto este sempre gozou de muito prestígio, em virtude da capacidade de explicar com sucesso diversos aspectos do fenômeno jurídico, como, por exemplo, a hierarquia das normas, para fins de controle de legalidade e constitucionalidade, a idéia de fato imponível e incidência normativa, a tipicidade normativa, a regra de reconhecimento, entre outros. Ao mesmo tempo, enfrentou competição acirrada das outras escolas, tais como o realismo jurídico e o jusnaturalismo.

As críticas positivistas em relação ao formalismo ou conceitualismo² talvez não tenham surtido o efeito de desfazer a idéia do senso comum que confunde os dois. Isso talvez não seja totalmente injustificado, mas tampouco é exato. É preciso fazer a ressalva de que a crítica ao formalismo não é direcionada ao positivismo jurídico, mas a qualquer teoria do direito que negue a discricionariedade judicial.

Independente da linha que se siga ser positivista ou não, há um retorno, nos países da família jurídica romano-germânica, do entendimento pelo qual, isoladamente, a lei não é capaz de reter todos os aspectos da atuação judicial. É uma realidade a existência, no cotidiano jurídico, de uma grande quantidade de acontecimentos para os quais o legislador não teria condições de prever regras. Dessa forma, o aplicador do direito se depararia, na prática, com sérias dificuldades face o dever de resolvê-los. É forçoso, desta maneira, ceder à necessidade de a teoria jurídica se ocupar também desses casos, e não condená-los a um limbo, além da teoria, à mercê do praxismo, isto é, da prática dissociada de qualquer teoria.

O formalismo não faz distinção entre o texto e a norma. Quem adota esta postura imagina que o texto em si já encerre todos os elementos de sua aplicação. A distinção entre texto e norma, que é a concepção teórica que afasta definitivamente o formalismo jurídico na sua forma mais radical³, é hoje uma opinião comumente partilhada pelos juristas. Essa diferenciação consiste em reconhecer que o texto legal é somente uma etapa primária para a definição do direito, sendo através dela que se formulará o resultado final, que representa a norma jurídica. No entremeio do texto da lei e da norma encontra-se a interpretação. A norma jurídica é considerada, acima de tudo, uma construção na qual é levada em consideração a lei como fator essencial. Não cabe, conseqüentemente, enxergar a norma jurídica como um dado

² HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 142.

³ GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. 1.ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 134.

objetivo, ontologicamente tangível, mas como resultado desta interpretação⁴. A postura formalista, apesar de ter sido por muito tempo o véu de Maia do direito, há algum tempo já não é mais adotada por qualquer teórico. O formalismo, de uma maneira geral, não oferece respostas suficientes àqueles que necessitam e acreditam no direito.

Por outro lado, é necessário, igualmente, que se desfazer a confusão entre negar ou afirmar a existência da discricionariedade e admitir a sua existência com controles. Após demonstrar que algum espaço de liberdade na interpretação de fato existe, tentar-se-á dar provas convincentes de que, apesar disso, deve esforçar-se para prover vínculos internos à discricionariedade, dentro dos quais há de trabalhar o intérprete.

Considere-se a discricionariedade como um plano e o texto normativo como outro, um contíguo ao outro. Há os que afirmam que, no campo da discricionariedade, os únicos vínculos existentes são aqueles que esbarram na fronteira com o texto; e há os que negam completamente a existência deste campo. Não se confundem estas posições com afirmar que, de algum modo, existam vínculos, não necessariamente em um sentido coercitivo, mas persuasivo, não inteiramente provenientes do texto, mas deles derivados, que poderiam ser considerados como vínculos internos à discricionariedade.

Afirmar a existência da discricionariedade judicial, mas admitir que juridicamente seja possível impor laços, divisas, freios, simboliza pensar no jurista como um navio, que, mesmo afastando-se da costa, não fica à deriva. A teoria do direito permite que ele, mesmo sem referenciais próximos, navegue através de referenciais não imediatos, isto é, não coercitivos em um sentido mais físico. Caso o navegador não os siga, nada lhe acontecerá, pois ele não pode ser coagido a chegar a um determinado porto, mas também não se poderá dizer que chegará ao porto certo, ou seja, o jurista não pode ser fisicamente coagido a atingir uma resposta adequada.

2.2. A divergência entre positivistas e não positivistas sobre a natureza da discricionariedade

⁴ Ibid. p. 144.

Fechando as considerações iniciais, é imprescindível situar o trabalho na divergência entre positivistas e não positivistas sobre a natureza da discricionariedade. Neste ponto, busca-se estabelecer uma dialética que pode se transferir para o campo prático e institucional. Com efeito, é neste momento que se poderá optar pela melhor forma de encarar a discricionariedade.

Não há uma aceção unívoca do que viria a ser o “não positivismo”. Basicamente, a concepção não positivista do direito pode ser compreendida como entender o direito como uma ciência aberta, a receber permanente influxo das demais ciências humanas, e que tenta entender o fenômeno jurídico da maneira mais completa possível, em função disto, sob uma pluralidade de perspectivas metodológicas. Por outro lado, o positivismo jurídico consiste, enquanto método, simplesmente na descrição analítica e avaliativa do direito⁵.

A divergência entre positivistas e não positivistas sobre a natureza da discricionariedade gira em torno da questão de simplesmente afirmar a existência da discricionariedade e afirmar que o sistema jurídico permite o controle da mesma. O positivismo jurídico aceita a existência da discricionariedade sem grandes problemas.

Uma crítica dirigida à discricionariedade com concebida pelo positivismo seria que, em um sistema judiciário em que a magistratura não é eleita diretamente, ela poderia servir a um desvirtuamento da norma, com usurpação do poder político do legislador⁶.

Para os positivistas, a existência da mesma não geraria conflitos de ordem institucional entre os poderes, nem surpresa para as partes em juízo. O significado de pureza teórica no positivismo jurídico de Kelsen seria a separação fundamental entre o direito e a moral na ciência do direito, portanto a definição de critérios para a atuação discricionária seria uma atividade extrajurídica. Os autores não positivistas não fazem esta distinção e cuidam dos critérios de correção da discricionariedade.

⁵ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 238.

⁶ DWORKIN, Ronald *apud* HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. p. 336.

3. O PAPEL DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA ATIVIDADE JURISDICIONAL: O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE

A Teoria da Argumentação Jurídica possui a virtude de demonstrar limites e eliminar incertezas referentes ao método de aplicação do direito. Ela tem buscado demonstrar caminhos para o controle e a descoberta de critérios, com o fim de obstar a imprecisão na interpretação. Pressupõe-se que a operação de emitir um parecer ou decisão, apesar de aparentemente fácil, constitui um mecanismo intrincado e complexo da autoridade competente.

No Brasil, sempre se guarda alguma reserva em relação a teorias não positivistas. Pensam alguns que o não positivismo é que permite o espaço discricionário do julgador, quando o que acontece é justamente o contrário⁷.

Na verdade, Teoria da Argumentação Jurídica busca impor limites ao poder discricionário para o desempenho de critérios políticos, enquanto que, o Positivismo Jurídico permite e considera natural que o julgador desempenhe critérios políticos. Kelsen, expoente do positivismo jurídico, afirma expressamente que a política está fora do Direito, ou é distinta dele, assim sendo, a ciência jurídica não deve se ocupar de fornecer controles teóricos eficazes ao exercício da discricionariedade, pois isto estaria fora do seu escopo.

É admissível que uma área de imprecisão no texto legislativo seja inevitável, mas, enquanto ainda não houver critérios técnico-jurídicos para dirimir casos não previstos, o magistrado estará aplicando critérios políticos, sem terem sido eleitos para tanto. Qual alternativa ele possui enquanto não existirem bases teóricas comumente aceitas? Algum embasamento teórico, além de auxiliar na chegada a um resultado, permitirá lançar sobre o *iter* da decisão uma dose de compreensão, que diminuirá a surpresa em casos futuros.

Toda parte em juízo que tenha a sensação de se ver sucumbente, em razão de um mero critério de conveniência e oportunidade, será surpreendida e se verá indignada com o resultado. A surpresa, no direito, é um visitante indesejado. Os interesses privilegiados pelo direito, espera-se, não podem ser informalmente afastados pela mudança dos ventos políticos.

⁷ BASTOS, Aurélio Wander. **O Conceito de Direito e as Teorias Jurídicas da Modernidade**. Classifica como de “altíssimo risco” a questão da adoção do poder discricionário dos juízes num quadro de práticas judiciais positivistas acentuadas, como na nossa tradição judicial.

<<http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista1/artigo2.htm>> Disponível em: 11 de maio de 2008.

Doutrina respeitável defende que a natureza do Poder Judiciário é mista, atuando este como órgão político e jurídico⁸, especialmente nas cortes superiores. Verdadeira ou não esta afirmativa, é necessária a incorporação de uma técnica argumentativa que permita que este poder opere de forma racional e socialmente aceitável. O poder discricionário é um aspecto inerente à independência do Poder Judiciário, na doutrina da separação dos poderes. No caso do Poder Executivo, é compreensível que o conteúdo de uma norma seja inteiramente preenchido por critérios técnicos ou políticos a serem livremente eleitos por aquele investido para tanto, ao passo que, no caso da atividade jurisdicional, a poder não pode atuar desta maneira. O Princípio Republicano, que molda a organização política nacional, obriga a transitoriedade no poder de agentes políticos. Deste modo, o Legislativo e o Executivo tornam-se sensíveis aos grupos de pressão da sociedade civil, passando a exercer seus mandatos de modo a assegurar sua permanência no poder através da satisfação das pretensões do grupo social que representam⁹. Nesses casos, é possível uma transição política em que deixem de exercer o poder mandatários que exercem critérios em desacordo com a vontade daqueles que legitimam o exercício do poder discricionário. O poder discricionário judicial deve funcionar de forma diferente. Os magistrados não possuem mandatos, pelo contrário, são inamovíveis. Em função disto, a legitimidade da prática da discricionariedade somente pode vir do exercício racional da mesma, racionalidade esta que pode ser aumentada com a aplicação da teoria da argumentação.

Os resultados sociais da decisão e seu impacto político são melhorados quando se faz uso de uma técnica que aplique o direito com a cooperação de técnicas argumentativas que demonstrem a sua coerência, e levem a sociedade como um todo a se persuadir do seu acerto.

Acreditar em um domínio técnico-institucional desprovido do fator humano é uma esperança enganosa. A aplicação pura do direito, sem o reconhecimento da atividade interpretativa é, na verdade, uma forma de decidir que não deixa transparecer os motivos pelos quais se opta por adotar uma determinada linha interpretativa, ou uma metodologia definida.

⁸ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. p. 54; § 16. “O que é uma Questão Política?”.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2003. p.218.

É preciso desfazer o preconceito negativo de que o exercício da discricionariedade sempre serviria a um desvirtuamento da norma, com usurpação do poder político do legislador. Nesse sentido, a Teoria da Argumentação busca definitivamente prover meios de se exercer a discricionariedade de modo a não constituir um meio para o desvirtuamento da norma, nem para a usurpação do poder político legislativo, pelo contrário, tenta dar mais legitimidade ao exercício do poder discricionário no direito.

A exploração dos espaços deixados abertos por teorias que permitem a discricionariedade sem controle tentará levar a complementação das suas insuficiências, sem prejuízo dos avanços já alcançados pelo atual estágio da teoria do direito. Acredita-se ser possível, com a Teoria da Argumentação, construir salvaguardas na instituição de sistemas jurídicos inteligentes e incrementar o desempenho da função judicial.

Se por um lado a eficiência teórica de um método de análise originado na teoria da argumentação está subordinada à profundidade dos estudos da hermenêutica, por outro lado, a eficiência prática desse método de análise está ligada à sua incorporação à nossa cultura jurídica.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 93, inciso IX, impôs a motivação como requisito de validade de todas as decisões judiciais e administrativas¹⁰. O mesmo é o sentido da maioria das constituições ocidentais.

A exigência constitucional da motivação das decisões judiciais baseia-se, entre outros fundamentos, na exclusão do caráter voluntarístico e subjetivo da atividade do exercício da atividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes¹¹. Entretanto, ainda não se pode considerar que a exposição completa das *rationes decidendi* esteja completamente incorporada à nossa tradição. A jurisprudência brasileira continua seguindo uma

¹⁰ **Art. 93, inciso IX, da Constituição Brasileira:** Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]

IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004) (grifos nossos)

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm> Acesso em: 10 de junho de 2008.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 667.

tradição, não inteiramente consoante à atual Constituição, de simplesmente declarar a decisão que é tomada e a interpretação que se dá ao caso. Por exemplo, dizer “a lei ‘x’ não tem o condão de...”, ou “a interpretação a ser dada ao artigo ‘y’ da lei deve ser restritiva”, sem ir muito além, na questão das opções metodológicas de interpretação, isto é, em uma análise mais profunda sobre as raízes da decisão.

Em um país onde a ordem jurídica institucional encontra-se habituada a transições políticas radicais e com uma abundante produção normativa, surge momentos, com frequência, em que é necessário dar sentido a um sistema relativamente caótico, o que implica em escolher entre parâmetros interpretativos que possam ser aplicados aos mais variados casos, ou decidir, de modo a solucionar casos em que a lei nada dispõe. Em outras palavras, é preciso que o julgador exerça um poder relativamente discricionário, ao qual é desejável que seja provido de racionalidade.

De um modo geral, existe no cotidiano jurídico um conjunto de fatos concretos para os quais não existe previsão específica, dando origem, reiteradamente, a uma pluralidade de opções aceitáveis de interpretação jurídica. Este é o espaço onde surge a discricionariedade judicial.

São necessários, nesses casos, critérios seguros e previsíveis para controlar a aplicação do direito, e a argumentação jurídica propõe-se a ser capaz de fornecer esses critérios. Por falta de investigação e aprofundamento sobre o problema, um espaço excessivo de liberdade ao intérprete poderá ser criado, provocando o surgimento de confusões teóricas, capazes de acarretar conflitos de difícil transposição para os poderes políticos de um país e entre as partes em relação ao juiz. Daí a importância de se pesquisar os limites da discricionariedade judicial sob o enfoque da teoria da argumentação jurídica.

Ainda que se adote a perspectiva do positivismo jurídico, não será inútil o estudo da argumentação jurídica. A teoria da argumentação jurídica não é inteiramente incompatível com a concepção positivista do direito, mas pode se moldar ao *modus* argumentativo do juspositivismo.

A importância da argumentação jurídica para o direito, portanto, decorre de conferir mais racionalidade à tomada de decisões, incrementando a aceitação social das mesmas. Permite uma visão mais compreensiva do direito, mostrando-o como

um fenômeno humano muito mais complexo do que normalmente visto por outras teorias jurídicas, ao mesmo tempo em que lhe confere um nível de segurança jurídica que em nada fica a dever às teorias estritamente formalistas. Ainda dentro da questão da discricionariedade judicial, ela permitirá eliminar imprecisões na interpretação, e fazer o sistema jurídico penetrar em um espaço que era visto fora dele.

No capítulo seguinte buscar-se-á mostrar qual a relação entre a Teoria da Argumentação e o problema da discricionariedade judicial, de modo a indicar a pertinência da proposta da aplicação desta teoria para a superação das questões subseqüentes.

3.1. O objetivo da teoria da argumentação para a aplicação da discricionariedade

A Teoria do Direito, de modo geral, tem buscado encontrar critérios de correção para a resolução dos chamados casos difíceis.

O exercício da discricionariedade na acepção do positivismo jurídico, com sua fundamental separação entre o direito e a moral, é frequentemente decisionista. As teorias não positivistas, por sua vez, buscam afirmar o domínio da ciência jurídica sobre esse espaço. Da forma como foi tentado esclarecer no capítulo precedente, ao invés de desvirtuarem a norma, o que é um preconceito de parte do senso comum jurídico, as teorias não positivistas tencionam a permitir maior controle sobre o acerto das decisões judiciais.

Em muitos dos casos, o problema da multiplicidade de soluções aplicáveis a um mesmo caso jurídico transcende as possibilidades de aplicação dos métodos de interpretação tradicionais. Estes também falham em dar racionalidade às decisões judiciais que requeiram complementação de novos métodos para uma sociedade mais complexa. Buscam-se propostas fecundas e úteis, que estimulem progressos teóricos e ajudem aqueles incumbidos de participar de tomadas de decisões jurídicas. A Teoria da Argumentação, portanto, se propõe a prover o aplicador do direito com ferramentas capazes de dar coerência e racionalidade à aplicação concreta do direito.

A discricionariedade em relação à norma é inerente a todo processo de interpretação e permite atuar na margem de imprecisão da lei para apreciar os casos

submetidos ao intérprete, segundo critérios a serem fornecidos, que estabelecerão a legitimidade perante a sociedade. Sendo assim, é bom que se saiba o que é legítimo e o que não é, quando se trata de interpretação, tarefa a que se propõe a Argumentação Jurídica. Para o conhecimento da melhor forma de realizar a interpretação, a Teoria da Argumentação propõe a formulação de critérios de correção da linha argumentativa.

O critério de correção da linha argumentativa possui a utilidade de servir para detectar quando, ao motivar sua decisão, o intérprete estabelece uma linha de argumentação falha, ilógica, em sentido amplo ou incoerente. Ele é composto pelas balizas interpretativas comumente aceitas por uma comunidade de intérpretes¹², e permite visualizar erros através do desacordo entre a decisão e a exposição dos seus motivos.

Em virtude da utilidade de tornar o direito mais compreensivo, dinâmico e, de certa forma, mais confiável, deve haver maior exploração teórica sobre o domínio discricionário judicial, para que sejam criadas estas balizas, dentro das quais deve se comportar a interpretação. De outro modo, será frustrante observar como o direito, sem esses parâmetros, torna-se menos eficiente e mais subjetivo em relação ao julgador¹³.

¹² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. 1.^a Ed. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 30.

¹³ É lamentável que, nos dias de hoje, alguns julgadores, pensando exercer poder discricionário puro sobre decisões controversas, durante algum tempo dêem decisões contraditórias sobre casos idênticos, ferindo o tratamento isonômico que deve ser dado às partes em juízo.

4. A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA NORMA E SUA RELAÇÃO COM O PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ

Algo que se entenda como “discricionário” representa, do modo como é comumente compreendida, algo que se exerce sem restrições, à vontade ou sem limites, mas, por outro lado, “discrição” significa “sensatez”, representa “prudência”, “reserva”, “circunspeção”, “decência” ¹⁴. É estranho como expressões tão ligadas uma à outra parecem ter significados tão divergentes. Seria desejável que os conceitos “poder discricionário” e a “discrição” fossem combinados em seu exercício. Todavia, basicamente, os vínculos da discricionariedade, na concepção mais vulgar, são deixados pela lei, cuja interpretação é, até certo ponto, livre.

Na forma como o “poder discricionário” é mais conhecido, a norma apresenta um conteúdo a ser preenchido pela atividade do intérprete, segundo critérios de conveniência e oportunidade, opondo-se à noção de poder vinculado¹⁵. A discricionariedade judicial deve ser entendida como a atividade interpretativa do juiz onde ele supre um vazio deixado pela lei. Representa a liberdade de agir por parte do julgador, na qual ele aplica sua prudência e discernimento com o intuito de solucionar problemas concretos. Discricionariedade, portanto, é a faculdade de realizar escolhas, longe de constrangimentos por parte de vínculos externos, isto é, das regras legais.

Os poderes vinculados relacionam-se com direitos subjetivos de alguém de exigir algo. Os poderes discricionários são baseados em critérios de mérito, que só podem ser considerados adequadamente diante do caso concreto. Não pode haver regras específicas sobre como agir diante de todos os casos, mas não se pode negar a existência de princípios possam ser invocados e que devam ser ponderados na tentativa de se formular uma regra para o caso.

Como já foi adiantado no capítulo antecedente, a discricionariedade judicial é metodologicamente abordada pelos autores que estudaremos de duas maneiras: por um lado, a abordagem positivista a enxerga como um espaço inerente à norma, livre de amarras, no qual somente a autoridade que o exerce é que pode avaliar da sua conveniência e oportunidade; por outro lado, segundo a abordagem não positivista,

¹⁴ HOLLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1986.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21.^a ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 66.

ela é vista como o espaço de desenvolvimento do direito de modo a vincular a atividade decisória.

A posição não positivista do direito defende que duas decisões dentro da possibilidade de interpretação do texto legal do direito possuem pesos diferentes. Não apenas as normas reconhecidas pelo positivismo como de direito em sentido estrito podem ser levadas em consideração para decidir. O direito não se resume a estas regras, mas inclui princípios derivados das regras reconhecidas que também são aplicáveis às decisões, tornando-as diferentes sob o aspecto qualitativo. Estes são vetores que influenciarão na tomada de decisão e servem para fazer um “desempate”, ou seja, aferir os diferentes valores de decisões aparentemente aplicáveis a um mesmo caso.

O enfoque teórico positivista defende que duas decisões opostas podem estar de acordo com o ordenamento jurídico, e os critérios para definir o peso de decisões admissíveis perante o caso concreto, o que poderíamos chamar de vínculos internos, são extrajurídicos. Uma decisão somente pode ser considerada incorreta se infringir uma norma reconhecida expressamente pelo ordenamento jurídico. Caso contrário, ainda que diametralmente opostas, ambas estarão corretas juridicamente.

Em ambos os enfoques o intérprete inovará no direito, formulando uma norma para um caso particular, entretanto, no caso do não positivismo, a filtragem dos critérios é maior na afirmação de princípios implícitos no sistema vigente do que no simples exercício do poder discricionário. A regra criada no caso concreto, fundada única e exclusivamente na conveniência e oportunidade, pela ocasião, é mais inovadora no direito do que outra regra que se detrai de princípios aos quais induz-nos o universo normativo.

Os autores que vêem a discricionariedade segundo o enfoque não positivista vêem a discricionariedade como o ambiente em que interpretação se desenvolve através de parâmetros. Sustentam que o funcionamento da discricionariedade não ocorre pela mera sujeição do direito ao decisionismo, tal como entendem os positivistas, mas de acordo com técnicas decisórias capazes de afastar o relativismo no exercício da atividade discricionária.

Aqueles primeiros afirmam que a discricionariedade é o preço a ser pago pela composição heterônoma dos conflitos¹⁶, e que não existem alternativas jurídicas corretas diante do direito positivo, quando este não disciplinasse inteiramente a matéria, o que, de qualquer modo, seriam casos muito restritos em um sistema jurídico desenvolvido. Uma vez que para as partes seria muito mais desastroso realizar a autotutela, e, para o Estado, impossível esperar o Poder Judiciário remeter ao Legislativo tudo aquilo que entenda não restar suficientemente disciplinado, a alternativa é conceder ao magistrado alguma parcela de poder de inovação na ordem jurídica¹⁷.

Definitivamente, a coexistência de concepções tão distintas a respeito de um mesmo fenômeno é uma situação da teoria do direito, o que será captado melhor se for feita uma abordagem inicial de autores exemplares da teoria do direito que fizeram importantes investigações sobre o assunto.

Kelsen e Hart são representantes reconhecidos do juspositivismo, e serão discutidos primeiro, pois sempre defenderam a existência da discricionariedade judicial, e a enxergavam da primeira forma descrita, isto é, que a partir de certo ponto, a interpretação que um jurista faz das normas não encontra coerção por parte do sistema e pode ser desenvolvida de modo relativamente livre, tal qual na discricionariedade administrativa.

Dworkin, autor que virá logo depois, entende o fenômeno da discricionariedade de forma totalmente diversa. Não pensa o direito como uma atividade mecânica de aplicação de normas, mas, a partir de sua particular abordagem de direito como integridade, ele vê na existência de princípios jurídicos a interseção entre o direito e a moral, e oferece, na concepção do direito como uma cadeia de interpretações, a chave para avançar o direito no problema da discricionariedade judicial.

Atienza, por fim, com inovações na própria concepção de lógica jurídica, do uso da teoria no direito, e da concepção mais completa do direito, buscará dar racionalidade e coerência à argumentação jurídica, superando os entraves relativos à discricionariedade judicial com uma proposta, em grande parte, inovadora.

¹⁶ HART, H. L. A. Op. cit. p. 338.

¹⁷ Ibid. p. 339.

Os subtítulos que se seguem são uma parte integrante de uma noção geral da discricionariedade judicial, pois é mais útil que se parta do que já foi estabelecido no estudo existente na teoria do direito sobre o assunto, para, em seguida, analisar as propostas inovadoras oferecidas sobre o tema.

4.1. Hans Kelsen e a moldura de imprecisão da norma

Ainda que seja verdadeiro que hoje o positivismo jurídico tenha evoluído para além das idéias que Hans Kelsen defendia, é necessário que se comece este estudo com uma análise da perspectiva adotada por ele.

Em que pese tenha sofrido severas críticas ao longo do último século, a contribuição do positivismo jurídico constitui o ponto de partida de qualquer estudo de teoria do direito ainda nos dias de hoje, em função da robustez teórica de sua construção. Os conceitos trazidos pela Teoria Pura do Direito persistem válidos e pertinentes, a despeito da inegável influência de seus críticos.

Quando Kelsen trata da interpretação, não lhe dá o mesmo destaque com que hoje ela é prestigiada. Faz sentido, já que para ele a interpretação não tinha posição dominante dentro da ciência jurídica como ele propunha. O estudo da norma deveria ser feito a partir de uma perspectiva de observador externo, que deveria analisá-la de forma objetiva, isto é, sem maiores considerações axiológicas.

A interpretação, como Kelsen define, é a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar¹⁸. O texto normativo possui um sentido compartilhado, mas admite-se a existência de uma relativa indeterminação do ato de aplicação do direito. A indeterminação do direito positivo configura uma moldura, dentro do qual há várias possibilidades de aplicação para a lei.

Logo, como resultado da interpretação tem-se a fixação da moldura que o texto legal apresenta, conforme o conhecimento das várias possibilidades que existem dentro desta moldura.

A relação entre a norma superior e a inferior é uma relação de subordinação, vinculante da norma inferior pela superior. A norma hierarquicamente superior determina o processo em que a norma inferior será produzida e, às vezes, até mesmo o seu conteúdo. A vinculação, porém, nem sempre é completa. Existe uma margem ora maior, ora menor, de apreciação, de modo que a norma superior

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979. p. 467.

adquire o caráter de moldura ou quadro a ser preenchido pela norma inferior. A indeterminação pode ser intencional ou não-intencional. Quando a incompletude da vinculação é intencional, por dizer respeito a fato condicionante ou à consequência da norma, refere-se à discricionariedade judicial, administrativa ou político-legislativa.

No caso da incompletude não intencional, pode decorrer da pluralidade de significações da linguagem, pelo sentido verbal não unívoco; ou pela discrepância entre a vontade da autoridade legisladora e a linguagem utilizada; ou decorrer da contradição entre partes de uma mesma lei.

Quando uma expressão verbal vier a possuir mais de uma significação semântica, mais de uma forma de concretização do ato subordinado poderá satisfazer a norma caracterizada pela ambigüidade, ou a uma de duas normas que se contradizem. Assim, a interpretação poderá ser tanto um ato de vontade, quanto um ato de conhecimento. Na aplicação do direito, a interpretação cognoscitiva combina-se com um ato de vontade em que o aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas por esta interpretação cognoscitiva. Deste modo, a interpretação não conduz, necessariamente, a uma única solução correta, mas a várias, possivelmente ¹⁹.

Compara Kelsen que, imaginar que a tarefa do operador do direito consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa ou o único ato administrativo correto, seria essencialmente idêntico à tarefa de criar leis justas a partir da Constituição. Impossível, portanto. A diferença, segundo ele, seria apenas quantitativa²⁰.

Nesse ponto, sua teoria não responderia satisfatoriamente a uma eventual indagação se a absoluta diferença do processo de formação da norma não consistiria em uma diferença qualitativa. O processo de criação de leis ocorre com a participação de amplos setores da sociedade, à qual se complementa o controle de constitucionalidade. Por outro lado, a criação da norma do caso concreto, que é tão ou mais importante, pois é nesse instante em que a norma abstrata alcança seu fim, restaria relegada ao solipsismo. O positivismo jurídico, aplicado dessa maneira, tornar-se-ia incongruente com os pressupostos de uma sociedade democrática e representativa, que se funda no consentimento e na participação.

¹⁹ Ibid. pp. 469-471.

²⁰ Ibid. p. 469.

Hans Kelsen rejeita expressamente a teoria da única decisão correta. Para ele, todas as soluções a um determinado problema jurídico têm o mesmo valor, desde que haja adequação à moldura da norma²¹. Havendo adequação, estará satisfeito o requisito de fundamentação legal da decisão e não cabem maiores complexidades sob o ângulo da ciência jurídica. Dizer que uma norma possui fundamento na lei significa dizer que se encaixa na moldura de discricionariedade judicial, não que representa a norma individual.

A integração da lei ocorrerá, nesse sentido, em todas as esferas de poder, a constituição pela lei, e a lei pelo ato administrativo e pela sentença judicial. O ato de aplicação da lei, decorrente dessa interpretação, especialmente decisões irrecorríveis de tribunais de última instância, constituirão a interpretação autêntica da norma.

Kelsen contrapõe a interpretação autêntica da norma, único critério seguro, aos métodos de interpretação existentes, falíveis por natureza. Ao analisar os métodos de hermenêutica, chega à conclusão que nenhum deles, por si só, possui valor²². O *argumentum a contrario sensu* e a analogia levam a resultados opostos. A apreciação dos interesses leva apenas à formulação e não à solução de problemas. A Teoria da Ponderação dos Interesses seria incapaz de retirar da lei, ou da ordem jurídica global, o critério pelo qual possam ser comparados os interesses e dirimidos os conflitos.

Conclui ele, deste modo, pela impossibilidade de preferir, dentro do direito positivo, um método de interpretação a outro²³. O juiz, nesse sentido, pode preferir um método de interpretação a outro livremente. As possibilidades lógicas de aplicação jurídica encontram-se, do ponto de vista do direito positivo, sobre um mesmo plano, sendo ilógico inferir através do direito positivo a primazia de um método sobre outro.

O intérprete suprirá o espaço da moldura com seus critérios políticos, e que eventual divergência entre os diversos intérpretes será afinal pacificada através da interpretação autêntica da norma no sentido que lhe dá Kelsen. Ou seja, terá fim a discussão nos tribunais superiores, da forma como é feita, afinal, no nosso Direito, mas sem maiores discussões sobre o acerto da decisão.

²¹ KELSSEN, Hans. Op. cit. p. 467.

²² Ibid. p. 468.

²³ Ibid. p. 468.

Chega-se à conclusão que, analisada sob a idéia de Teoria Pura do Direito, é a discricionariedade encontra-se em sua forma pura. Essa é uma das deficiências apontadas por tantos desse enfoque positivista. Não é aceitável, no contexto de uma sociedade pluralista e de livre expressão, onde as pessoas devem ser estimuladas a questionar, a fim de aprimorar a estrutura social e política, adotar a postura de que o texto legislativo ou os precedentes são a única matéria com que o jurista trabalha. Espera-se, deste modo, que a alguma vertente não positivista supra essa lacuna reconhecida por Kelsen, e torne possível, inclusive, controlar os critérios pelos quais ocorre a preferência de um método de interpretação pelo outro.

É acertada a perspectiva de admitir o direito a aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação. Daí por diante, é preciso abandonar a ausência de capacidade analítica dos critérios adotados pelo julgador para resolver questões que demandem o poder discricionário judicial.

Adiante, será aprofundada a perspectiva da discricionariedade judicial como espaço livre da interpretação, de forma mais clara, por parte de Herbert Hart. Em seguida, veremos como outras vertentes da Teoria do Direito, para além da existência do poder sem controles internos, buscaram mudar a idéia de existência de poderes sem freios que os leitores de Kelsen podem querer adotar, e tentar acrescentar algo que esteja faltando nas propostas já existentes.

4.2. Herbert L. A. Hart e a textura aberta das normas

Inicialmente, Hart define o direito como a união de normas primárias e secundárias, identificadas como válidas pela regra de reconhecimento do sistema jurídico. Para ele, o direito consiste essencialmente em normas, isto é, ele exclui da sua teoria construções estruturadas a partir de conceitos factuais, como “ordens coercitivas” e “hábitos de obediência”, como fez Austin antes dele. Normas primárias, nesse contexto, seriam aquelas que estipulam deveres e impõe comportamentos aos cidadãos. Normas secundárias, por sua vez, são as que estabelecem poderes e dizem respeito à identificação, alteração e aplicação das regras primárias.

Um ordenamento jurídico composto exclusivamente por regras primárias seria deficiente, estático e incapaz de prover segurança ao corpo social²⁴. Um sistema

²⁴ HART, H. L. A. Op. cit. p. 101.

construído desta forma seria cheio de incertezas, estático e ineficazmente organizado. As regras secundárias, portanto, têm a função de resolver dúvidas sobre a aplicação das regras primárias, e trazer formas de introduzir novos padrões de comportamento.

Pode-se dizer que o ponto crucial, a pedra de toque do positivismo aceito por Hart, é a regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento é aquela que especifica os critérios para a identificação do direito. Esta regra afirma que só é direito aquilo que o sistema jurídico reconheça como tal. Sendo assim, apenas apresentariam caráter jurídico aqueles textos que o ordenamento jurídico reconhecesse como tal. Estão excluídos por esse critério os comandos puramente morais e os juízos pessoais de valor²⁵.

Além destas características, Hart trata da idéia do direito como uma textura aberta de normas para partir para a noção de poder discricionário. A textura aberta pode ser entendida como o aspecto, inerente às normas, que torna possível a ocorrência de casos concretos que não se encaixem especificamente nas formas gerais explícitas da linguagem utilizada no texto jurídico. Isto é, quando a significação semântica não for suficiente para definir exatamente se deve ser aplicado o texto dotado de autoridade ao caso concreto. Existem apenas alguns ângulos do caso que coincidem com aqueles em que a aplicação do texto é certa, fora dos quais é gerada confusão quanto à aplicação da regra.

A textura aberta do direito tem sua origem na indeterminação do direito, a qual consiste na ignorância de fato e indeterminação da finalidade da norma. A ignorância de fato é simplesmente a impossibilidade de o legislador prever todas as condições em que se aplicaria o texto criado. A indeterminação da finalidade da norma é a incapacidade de transmitir o conhecimento sobre a norma de forma a exaurir toda a intenção do legislador.

A aplicação mecânica das normas fica, portanto, descartada, em razão da abertura natural do texto, sendo inadmissível para Hart a concepção formalista do direito²⁶. Formalismo é definido por ele como a atitude para com as regras que procura minimizar ou disfarçar a necessidade de escolha na aplicação de regras gerais a casos particulares. Para Hart, a história da teoria do direito é marcada por

²⁵ Ibid. p. 104.

²⁶ Ibid. p. 142.

oscilações entre os extremos de ignorar essa escolha e exagerar na indeterminação da linguagem legislativa. Ele afirma que as regras não são o que seriam no paraíso de um formalista, nem vinculam como grilhões; tampouco elas inexistem, não consistindo o direito apenas em decisões ou padrões de comportamento suscetíveis de predição²⁷.

Ao contrário, estrutura do direito é como uma rede, ou tecido, capaz de capturar certos fatos, isto é, aplicar a norma aos fatos dotados de semelhança relevante com os fatos de aplicação inequívoca, do núcleo duro da norma, e deixar de aplicar àqueles que não a contiverem, fora da zona de penumbra da norma.

Para Hart, a textura aberta é uma característica intrínseca de todos os sistemas de normas, a qual permite a resolução pelo julgador através de critérios de relevância e proximidade da semelhança. Nesse ponto insere-se a discricionariedade do julgador, pois não é possível saber com certeza a qual comportamento limítrofe *a priori* seria aplicável a norma ou não²⁸.

Pelo fato de admitir que o direito seja fundamentalmente incompleto, incapaz de fornecer qualquer resposta conclusiva aos casos difíceis (*hard cases*), Hart admite que os tribunais possam exercer aquilo que ele chama de poder discricionário (*discretionary power*).

Não se pode alegar que diante da textura aberta do direito exista uma excessiva amplitude de discricionariedade no direito. Em muitos casos, a linguagem é pacífica e a discricionariedade é mínima. Assim, a discricionariedade, no sentido estrito, se refere a um número reduzido de casos. “Casos difíceis”, nesse contexto, são aqueles em que juristas razoáveis e inteligentes possam discordar de qual seja a resposta juridicamente correta. São aqueles em que o direito se revela essencialmente incompleto, incapaz de fornecer dados que determinem uma resposta inequívoca, por estarem regulados de forma contraditória ou não estarem juridicamente regulados²⁹.

“Poder discricionário” é a função restrita que os tribunais têm de criar o direito nesses casos específicos. Os tribunais, nesse âmbito, têm o encargo de exercer

²⁷ Loc. cit.

²⁸ Ibid. p. 147.

²⁹ Ibid. p. 347.

função criadora de regras nos espaços abertos deixados pela linguagem em padrões variáveis³⁰.

A teoria de Hans Kelsen e a de Herbert Hart divergem no sentido que, ao contrário da norma jurídica fundamental, a regra de reconhecimento não é pressuposta, como esta última, mas está ligada a dois pressupostos, a saber: a aceitação por parte daquele que faz o juízo de validade do comando, e a aceitação geral da regra do sistema, por parte dos funcionários que fazem parte do corpo estatal.

Por outro lado, existe um paralelismo entre a noção de textura aberta e a moldura de imprecisão da norma kelseniana, que representa a multiplicidade de aplicações da lei dentro de sua possibilidade semântica. Hart, com a textualidade aberta, indica o espaço limítrofe de incidência da norma, isto é, na zona de penumbra, há casos que fogem da aplicação certa e podem permitir uma exceção em relação à sua incidência.

Estas noções não representam um mesmo fenômeno, mas, colocadas juntas, nos permitem ver quanto espaço discricionário pode ser encontrado no positivismo, na sua forma insular. Ela é admitida com poucos controles e, internamente, os parâmetros se resumem à consciência do juiz. Ou seja, os critérios do julgador não podem ser considerados errôneos juridicamente, se estiverem inseridos na moldura de imprecisão da norma ou na franja de indeterminação da sua textura aberta.

Uma das objeções levantadas contra a teoria de Hart, principalmente por Dworkin, está em torno da legitimidade da magistratura em decidir de acordo com a sua discricção, isto é, que o poder discricionário é antidemocrático. A resposta a essa crítica, formulada por Hart, é que o preço da resolução heterônoma dos conflitos, e da resolução efetiva no âmbito do Poder Judiciário, é a submissão por parte dos jurisdicionados a uma autoridade discricionária³¹. Outro argumento levantado por Hart ao seu próprio favor seria que a natureza da discricionariedade seria a de uma delegação de poderes legislativos ao poder judiciário para resolver um número limitado de casos.

A outra objeção, trazida por Dworkin, à discricionariedade da forma como defendida por Hart, diz respeito ao fato de o poder discricionário de resolver casos

³⁰ Ibid. p. 347.

³¹ Ibid. p. 336.

constituir uma legislação retroativa, ou criação do direito *ex post facto*, injusta porque pode se tornar surpreendente para a parte em juízo.

Essas críticas são realmente sérias e muito difíceis de serem rebatidas. A natureza do direito de textura aberta, entretanto, torna difícil simplesmente ignorar o fato de existirem decisões envolvidas no trabalho de interpretação. Dworkin propõe uma forma de enfrentar esse problema, que passaremos a ver agora.

4.3. Ronald Dworkin e o romance em cadeia

Dworkin se ocupa bastante da tarefa de dar controles à discricionariedade judicial. Ele não somente nega o formalismo, como também fornece propostas de aproximação ao problema da interpretação. Sua teoria representa um passo à frente da concepção kelseniana, pois permite, de certa forma, avaliar os critérios de escolha daquele incumbido de realizar decisões com base nas leis.

Em primeiro lugar, propõe que a sua interpretação seja feita por uma abordagem chamada de “Romance em Cadeia”. O romance em cadeia é o processo pelo qual o texto será complementado no seu espaço de liberdade interpretativa pela atividade do intérprete.

Partindo do pressuposto de que dentro da moldura de imprecisão³² da norma o que existe é inovação, Dworkin faz uma comparação entre o Direito e outras atividades criativas, dentre as quais a criação literária. O Direito é seria um romance escrito por vários autores, cada qual com a responsabilidade de dar ao todo um sentido. Obras coletivas como essas não são raras, basta seja lembrado que, desde o Antigo Testamento, até algumas séries de televisão foram obras construídas em conjunto³³. Apesar de serem escritas por diversos autores, elas constituem um resultado relativamente uniforme, e são capazes de conservar pontos constantes ao longo da narrativa.

Dworkin se refere à interpretação criativa, isto é, aquela interpretação a adentrar na moldura de imprecisão da norma. A interpretação criativa deve buscar sua estrutura formal na idéia de intenção, não porque pretenda descobrir algum

³² Dworkin não usa as precisas palavras de Kelsen, mas foram utilizadas aqui para propor uma aproximação entre os dois autores. Dworkin fala apenas em imprecisão na interpretação (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 275).

³³ Ibid. p. 276.

propósito de pessoa ou grupo específico, mas porque pretende impor um propósito ao texto a ser interpretado.

Um bom intérprete será capaz de encontrar diferentes níveis e correntes de sentido, e deverá pretender dar continuidade à história a partir do material que foi recebido.

Duas regras são direcionadas a esse romancista, uma regra é chamada por ele de dimensão de adequação, a outra é o que poderíamos chamar de dimensão qualitativa³⁴.

No âmbito da discricionariedade judicial estas regras deverão ser entendidas como critérios a partir dos quais se poderá inferir a viabilidade e a qualidade da opção escolhida pelo legislador subordinado, ou julgador em seu espaço discricionário.

A dimensão de adequação é a primeira tarefa com que o intérprete se depara. Ele deve buscar quais soluções que se dispõem a acoplar de forma coerente no contexto existente. Em seguida, este intérprete deverá julgar qual dessas soluções aventadas é a melhor, qual delas melhor se ajusta ao todo.

A primeira fase se assemelha à atividade de um enxadrista, que visualiza ao mesmo tempo todas as jogadas possíveis em um tabuleiro. A segunda etapa é o momento do julgamento e da escolha, e se identifica com o momento da discricionariedade judicial. O intérprete irá dar continuidade ao romance buscando a melhor dentre todas as continuações possíveis, levando em conta sua interpretação sobre o que foi estabelecido pelos romancistas que o precederam. O intérprete irá avaliar qual das soluções aventadas para o caso melhor se adequou ao texto como um todo.

O romance em cadeia de Dworkin, traduzido para o Direito, seria o direito positivo, com suas lacunas e antinomias, a isso são somadas todas as interpretações jurisprudenciais e científicas. O romance em cadeia já escrito não se restringe apenas ao direito positivo, mas inclui todas as interpretações já realizadas em relação a ele. Abrange, portanto, o Direito como um todo.

³⁴ Novamente, não é essa a expressão utilizada pelo autor, mas foi proposta a nomenclatura “dimensão qualitativa” para que pudesse ser posta ao lado da “dimensão de adequação”, resumindo a noção que buscou dar o autor ao conceito. Ibid. p. 277.

Note-se que o jurista fatalmente terá que respeitar o que já se encontra estabelecido, mas haverá sempre espaços novos a serem preenchidos, onde a criatividade estará submetida apenas a um ótimo ético, a excelência na interpretação.

A relação do intérprete com o texto já havido não é nem de coerção mecânica do texto sobre ele, nem de total liberdade criativa³⁵. Para lançar-se ao romance em cadeia, é preciso abandonar o ceticismo dogmático, crença de que apenas uma coerção real, inquestionável, é capaz de estabelecer limites à interpretação.

Na teoria de Dworkin, existem parâmetros fora do romance que permitem julgar se a solução que se deseja dar ao romance é boa ou ruim. Por isso, é necessário encarar o Direito como capaz de encontrar uma resposta certa a casos difíceis. A tese da única decisão correta é defendida por esse autor, entendida como um ponto de partida para a concretização da tarefa do direito.

Quando Dworkin afirma que exista sempre uma resposta certa a casos difíceis, de certo modo, quis negar apenas uma das concepções de discricionariedade judicial, a discricionariedade judicial forte³⁶, aquela que entende como uma concepção que sujeita o direito ao relativismo e ao decisionismo. Portanto a sua teoria da única decisão correta está intimamente ligada à discricionariedade judicial.

Para Dworkin, a resposta correta encontra-se naquela proposição que afirme ou negue a teoria política que oferece a melhor justificativa às proposições de direito estabelecidas³⁷. Dworkin entende o Direito de uma forma basicamente política, portanto.

Apesar de entender o Direito de uma forma quase inteiramente política, Dworkin entende que o mesmo não está relegado a subjetivismos. Isso se explica porque a dimensão intersubjetiva de aplicação estabelece controles à interpretação, de modo que é possível aferir se uma interpretação é melhor do que a outra. Assim, é negada a discricionariedade e transferido para o espaço intersubjetivo o poder de decisão.

³⁵ Ibid. p. 281.

³⁶ SGARBI, Adrian. *Clássicos de Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 187.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 246.

O espaço intersubjetivo do direito é a área onde os juristas e os juízes tentarão espelhar os vetores da sua interpretação, isto é, os fatores externos reais e psicológicos de sua interpretação³⁸. Inserir esse espaço intersubjetivo na discricionariedade judicial é um caminho para eliminar completamente o seu lado decisionista.

A tese defendida por Dworkin não representa que os significados de um texto sejam objetivos como fatos concretos. A interpretação não é uma tentativa de relatar significados ontologicamente independentes de um texto, mas afirmações complexas e especiais sobre o que torna melhor um determinado texto.

Esta tese consiste na assunção de que é positivo entender que existam algumas interpretações melhores do que outras, devido ao fato de existirem leituras que sejam capazes de destruir a integridade artística de um texto. Perfaz-se assim a separação das interpretações pobres das interpretações ricas.

As interpretações que temos são a consequência da aceitação de uma estrutura teórica particular, não consequência de uma realidade que nos é imposta. A distinção, portanto, entre julgamento e gosto depende da simplicidade ou complexidade do aparelho teórico de que se vale o intérprete.

São abertas alternativas para a interpretação no direito, através desta distinção, fornecendo, no campo da discricionariedade judicial, parâmetros úteis para separar as interpretações ótimas das interpretações pobres.

Uma compreensão rica para Dworkin não é nem somente histórica, objetiva, nem somente valorativa, subjetiva, mas interpretativa da história jurídica, intersubjetiva. Com a ajuda dos estudos de crítica literária, Dworkin busca desfazer-se da distinção categórica entre a descrição e a avaliação, com o fim de atingir a excelência na interpretação.

Deste modo, Dworkin fornece indícios através dos quais será possível sobrepujar a idéia de discricionariedade judicial como concebida pelo positivismo de Kelsen e Hart, denominada por Dworkin discricionariedade judicial forte, e buscar uma nova proposta para o direito que será, de certo modo, seu legado para a teoria jurídica posterior. Atienza partirá desse ponto, sem admitir todas as premissas

³⁸ Idem. *O Império do Direito*. p. 275.

específicas de Dworkin, especialmente a tese da única resposta correta, mas trabalhando com afinco para fornecer *standards* seguros ao direito.

5. A PROPOSTA DE MANUEL ATIENZA

Para se falar da proposta de Manuel Atienza, e destacar a sua influência na Teoria Jurídica contemporânea, é necessário primeiramente posicioná-lo entre as escolas existentes, não com o intuito de pôr nele um rótulo, mas com a intenção de partir de uma idéia geral de onde se pode localizá-lo na Teoria do Direito. No espectro ideológico da Teoria do Direito, trata-se de um autor não positivista, no sentido mais usual do termo. Encontra-se ele em uma linha de autores que vai desde Perelman e Viehweg, até Robert Alexy, concordando todos com o fato de não se encontrar o estudo do direito situado sobre o objeto exclusivo das normas. Por isso prezam para que este seja visto como um fenômeno mais amplo. Atienza, especialmente, vê o direito como argumentação e propõe a incorporação pela argumentação jurídica de critérios de natureza moral e política³⁹.

O próprio Atienza ressalta a primazia das teorias de Robert Alexy e Neil MacCormick entre as teorias mais modernas que, ao falarem de critérios de correção para a argumentação jurídica, ligam-no à noção de racionalidade prática⁴⁰, no que muito o influenciam. O pragmatismo é, em certo nível, a única filosofia do direito possível segundo seu modo de ver, a atitude metateórica de qualquer teoria do direito⁴¹.

Apesar dos cumprimentos, este não deixa de apontar as insuficiências das teorias de ambos os autores, que não são dotadas de método apto a demonstrar como se desempenha o processo argumentativo, nem de critérios para avaliar seus resultados, possuindo, por fim, interesse prático e teórico limitado para os juristas por não serem suficientemente críticos em relação ao direito positivo⁴², no que Atienza busca complementá-los.

Para Atienza, nenhuma das concepções do direito no século vinte dá conta satisfatoriamente do direito como argumentação.

O olhar de Manuel Atienza é lançado sobre o direito tentando descrevê-lo da forma mais completa possível. Para ele, o objeto da teoria está ligado a aspectos práticos da vida do direito, intimamente ligados a sociologia do direito. Esta conexão se dá pela proposta de modelo de racionalidade discursiva do Poder Judiciário, que

³⁹ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. 3.^a ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 223.

⁴⁰ Ibid. p. 223.

⁴¹ Idem. *El Derecho como Argumentación*. Barcelona: Ariel Derecho, 2006. p. 59.

⁴² Idem. *As Razões do Direito*. p. 212.

se entrelaça com aquele desempenhado por órgãos administrativos, o Poder Legislativo e os demais destinatários das normas jurídicas.

5.1. Premissas gerais da proposta

Inicialmente, talvez caiba aqui uma pequena ressalva a respeito da abordagem que será feita em relação ao interesse de Atienza para este trabalho. A concepção de Atienza de argumentação jurídica possui diversos níveis, um dos quais fornece critérios e propostas simples para a resolução de casos difíceis, que é o que será utilizado aqui. Optou-se por não reproduzir o uso dos diagramas lógicos como faz o autor, mas somente apresentar os lineamentos gerais do seu pensamento e destacar os aspectos principais, e tentar aplicar isso ao campo da discricionariedade judicial.

Sendo assim, apresentar-se-á, a princípio, a distinção categórica entre contexto de descoberta e contexto de justificação, adotada pelo autor, e após, as diferentes funções da dogmática jurídica, verificadas por ele. Posteriormente, trar-se-á a discussão feita acerca do determinismo e do decisionismo, pelo autor, e, em seguida, a importância do caráter institucionalizado da argumentação jurídica para a compreensão da mesma.

5.1.1. Contexto de descoberta e contexto de justificação

É realizada por Atienza uma importante distinção teórica entre o contexto de descoberta e contexto de justificação. É adotada, *ab initio*, uma separação de contextos dentro da ciência jurídica. Existe uma atividade ligada à ciência do direito na qual o jurista trabalha com fatos científicos passíveis de comprovação. Este contexto estaria mais ligado à sociologia ou história do direito, e busca desvendar como ele é gerado ou se desenvolve, sendo conhecido como contexto de descoberta. Existe outro contexto, mais comumente ligado à dogmática jurídica, o qual busca alcançar a justificação formal dos argumentos, sendo conhecido como contexto de justificação⁴³.

A não distinção entre os contextos de descoberta e justificação resulta na elaboração de “teorias normativas”, isto é, teorias que não descrevem um fenômeno, mas que querem determinar como ele deveria ser. Esta confusão entre contextos

⁴³ Ibid. p. 20.

resultam, geralmente, em teorias que não ajudam a compreender aquilo que pretendem explicar.

5.1.2. As distintas funções da dogmática jurídica

A dogmática jurídica também possui âmbitos distintos, podendo adotar a função de produção ou estabelecimento do direito, de aplicação do direito, ou de estruturação da própria dogmática jurídica. Atienza possui uma percepção muito própria das funções da dogmática jurídica que, como ele propõe, deve fornecer critérios para a produção do direito, para a aplicação do direito, ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico⁴⁴.

5.1.3. Sobre o determinismo e o decisionismo

Atienza protesta contra o formalismo e o ceticismo em relação às normas, essas duas constantes do pensamento jurídico, que Hart denomina "Cila e Cardíbis" da teoria do direito. O decisionismo, identificado com o ceticismo exacerbado, e o determinismo, o qual se refere ao formalismo radical, são, para Atienza, males dos quais a Teoria do Direito deve ver-se livre.

O determinismo é a posição mais simplista, que defende a decisão judicial como uma simples operação de silogismo teórico, defensora da postura do observador externo. É a ideologia da hermenêutica em que se sustenta que a única função da interpretação seja atingir a vontade da lei ou do legislador, as quais independem da vontade do intérprete, que não se vê responsável e defende que a regra legal seria um dado objetivo, prescindente de qualquer construção por parte do observador. Representa, para Atienza, uma concepção estática e insular do direito⁴⁵, que deve ser definitivamente afastada.

O decisionismo é uma categoria de pensamento mais elaborada, mas que adota uma postura relativista, cética em direção aos limites da interpretação, e que afirma que o direito quase sempre comporta qualquer tipo de decisão. A Teoria da Argumentação Jurídica não nega a existência dessa imprecisão, mas busca traçar parâmetros na adequação da decisão tomada com o conjunto de valores compartilhados pela sociedade.

⁴⁴ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. p. 19; ver também: ATIENZA, Manuel. "¿Que puede la teoria por la pratica judicial?", in ATIENZA, Manuel. **Cuestiones judiciales**. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, S.A., 2001. p. 10.

⁴⁵ Idem. *El Derecho como Argumentación*. p. 52.

Perante a última postura, Atienza sugere que seja feita uma distinção entre decisionismo e decisão⁴⁶. O decisionismo é representado por tomada de atitude niilista e, de certo modo, imatura, porque incapaz de acreditar em valores que não se revistam de certeza absoluta. Em relação à incerteza, no lugar do decisionismo, caberia a tomada de posição, a escolha com critérios e método, que significa dar um passo à frente e decidir da melhor forma possível. Nesse escopo, a teoria do direito se torna necessária para, ao invés de se sustentar o relativismo teórico, buscar provê-la de ferramentas que facilitem uma saída para as armadilhas epistemológicas.

O ponto de partida da tomada de decisão judicial situa-se em algum ponto entre o decisionismo e determinismo configurando-se o direito como procedimento racional. Toda decisão judicial parte de alternativas previamente determinadas, a serem eleitas de forma regular e motivadamente.

5.1.4. O caráter institucionalizado da argumentação jurídica

O caráter institucionalizado da Argumentação Jurídica também permite traçar distinções entre a concepção defendida por Atienza e a compreensão que outros autores têm do direito.

O caráter institucionalizado da argumentação jurídica também a distingue das outras formas de argumentações práticas, vez que a argumentação jurídica não pode prescindir das normas vigentes, dos precedentes e da dogmática jurídica, e, enfim, o chamado argumento de autoridade cumpre uma função no direito mais importante do que na moral e na política. O sistema jurídico é visto, assim, como um conjunto ordenado de normas e enunciados não normativos de diversos tipos, portanto, como um conjunto de instituições⁴⁷.

A noção institucional do direito permite rechaçar uma noção atomista do direito e enfatizar a importância dos princípios, diretrizes e finalidades, destacando a idéia de coerência frente à simples noção de consistência.

As instituições podem ser representadas como um conjunto de normas, com a vantagem de dar conta de três idéias muito importantes para o direito: (a) a de que as normas não existem isoladamente, mas em um conjunto que lhe dá sentido; (b) as normas são dotadas de um elemento funcional, que lhe dá a idéia de finalidade à

⁴⁶ Ibid. p. 22.

⁴⁷ Idem. *La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica*. In *Doxa* n.º 24, 2001, p. 123.

qual estas normas obedecem; (c) por fim, dá a idéia de permanência no tempo, o que lhe dedica sentido histórico e evolutivo⁴⁸.

O direito é um sistema justificativo estruturado em dois níveis: a dimensão regulativa e a dimensão institucional.

A dimensão regulativa do direito é composta por dois tipos de normas: as regras e os princípios. As regras operam no raciocínio jurídico justificativo como razões de caráter peremptório e protegido. Os princípios constituem razões operativas a serem sopesadas com outras em um exercício de ponderação que se conclui com a elaboração de uma regra. Estes últimos podem consistir em diretrizes, ou princípios em sentido estrito.

As diretrizes ordenam a consecução no maior grau possível de certos estados de coisas que concernem a objetivos coletivos que se considerem valiosos, embora sem valor último. Os princípios em sentido estrito ordenam a realização de certas ações que guardam uma relação analítica ou conceitual com certos estados de coisas aos quais se atribui valor último. As diretrizes são mandatos de otimização, já os princípios em sentido estrito exigem cumprimento pleno, supondo ponderação, não discricionariedade⁴⁹.

As regras, enfim, operam de tal maneira que, em muitos casos, as decisões se justificam sem necessidade de entrar em um processo deliberativo em que se sopesem razões. Agem como razões peremptórias dentro de certos limites, porém podem padecer de problemas de indeterminação ou entrar em colisão com determinado princípio em um caso concreto definido. Neste último caso, a resolução é complexa, desenvolvendo-se em duas fases distintas. Primeiro, é necessário elaborar uma regra a partir dos princípios existentes, depois subsumir o referido caso à nova regra elaborada⁵⁰.

Concluindo, o sistema jurídico é composto por regras, princípios em sentido estrito e diretrizes. As regras determinam em uma determinada condição de aplicação um determinado curso de ação. São razões excludentes. Os princípios em sentido estrito estabelecem um valor por si só, sem indicar as condições de

⁴⁸ Idem. *Tras la Justicia*. p. 50.

⁴⁹ Idem. *La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica*. p. 126.

⁵⁰ Ibid. p. 121.

aplicação. As diretrizes, ou normas programáticas, estabelecem fins a serem alcançados, sem indicar qualquer hierarquia.

No que se refere à dimensão institucional do direito, consiste o direito em um fenômeno social irreduzível, que se vale da dimensão regulativa para alcançar finalidades práticas.

Para Atienza, “instituição” refere-se a um conceito funcionalmente orientado, e enumera os vários significados da palavra: (a) não pertence às esferas dos fatos brutos, mas representa um fato social cuja existência e persistência depende da aceitação coletiva de certas regras constitutivas; (b) representa o caráter social das normas; (c) denota caráter procedimental; (d) está ligado à submissão do sistema jurídico às suas próprias regras; (e) possui conexão com o reconhecimento da autoridade das suas próprias fontes; (f) implica o reconhecimento de que o sistema jurídico é um subsistema dentro de outro sistema de caráter mais global, o sistema social⁵¹.

A dimensão institucional do direito complementa-se à dimensão regulativa conferindo um lugar ao direito posto no âmbito de uma realidade complexa e mais abrangente. A dimensão institucional possui relevância para moldar e definir um campo mais exato onde se encontram as regras no mundo. Além disso, a dimensão institucional possui o atributo de permitir a descoberta de princípios no direito⁵².

Atienza identifica princípios institucionais e princípios substantivos no direito. Princípios substantivos são quaisquer razões operativas que não constituam princípios institucionais. Princípios institucionais são pautas que exigem cumprimento pleno, ou mandatos de otimização, concernentes ao eficiente funcionamento do maquinário jurídico, isto é, ligados à idéia de eficácia do direito⁵³.

Os princípios institucionais podem prevalecer sobre os princípios substantivos, desde que presentes algumas das condições a seguir: (a) um princípio substantivo pode ser sacrificado para a preservação do sistema como um todo; (b) pode ser sacrificado para dar efetividade à outra instituição; (c) pode ser preterido a fim de preservar as competências de determinado órgão; (d) deve ser abandonado

⁵¹ Ibid. pp. 123-124.

⁵² Idem. *Tras la Justicia*. p. 50.

⁵³ Idem. *La Dimensión Institucional del Derecho y la Justificación Jurídica*. p. 129.

quando não houver certeza do sacrifício do princípio substantivo que justifique o afastamento do princípio institucional⁵⁴.

Nem sempre os princípios institucionais derrotam os princípios substantivos derrotam os princípios substantivos, aliás, isso representa uma exceção, mas a vertente institucional do direito é um ingrediente necessário para dar conta do raciocínio jurídico⁵⁵.

Ressalte-se que, assim como existem conflitos entre regras, também entre instituições jurídicas pode haver conflitos. No caso de confronto entre instituições jurídicas excepcionais (v.g. estado de sítio; prisão provisória), os princípios que defendem direitos e liberdades individuais só devem ceder perante outros princípios de maior relevância. A suspensão de direitos decorrente de instituições jurídicas excepcionais é um meio de tentar alcançar a vigência futura destes mesmos direitos e liberdades.

Quanto à justificação do direito através de seu caráter institucional, Atienza faz uma ressalva. Não é o caráter institucional do direito que determina o valor genuíno dos deveres que dele se originam, mas, na verdade, o que torna imperativa a aplicação de um dever jurídico é uma regra moral. Para Atienza, o direito pode se fundamentar unicamente em razões morais⁵⁶. Entretanto, considera não ser possível situar os princípios morais e jurídicos no mesmo plano, pois não defende a idéia de unidade do raciocínio prático.

A partir destas premissas gerais, de que a atividade científico-jurídica divide-se em contexto de descoberta e contexto de justificação, da diferença entre decisão e decisionismo, e do caráter eminentemente institucional do direito, pode-se avançar para uma das contribuições mais importantes de Atienza: a que separa a Argumentação Jurídica em três concepções principais.

Esta contribuição permite desfazer uma confusão terminológica, através da qual se compreenderá a Argumentação Jurídica de uma forma completa e bastante eficiente, da qual passaremos a tratar a seguir.

5.2. Três concepções de argumentação jurídica

⁵⁴ Ibid. p. 127-128.

⁵⁵ Ibid. p. 129.

⁵⁶ Idem. *La Dimensión Institucional del Derecho y la Justificación Jurídica*. p. 120.

Atienza se vale da argumentação jurídica em suas três grandes concepções. A argumentação como razão no direito, na sua concepção material, como lógica jurídica, em uma concepção formal da argumentação, e a retórica, numa acepção pragmática da argumentação⁵⁷.

5.2.1. O papel da razão na argumentação

Sobre o papel da razão na argumentação, que possui lugar de destaque, pode-se dizer que constitui fundamento da proposta de Atienza, levando-se em conta as ressalvas da limitação da sua utilidade para o direito.

Toda a sua teoria busca a racionalidade para o direito, sem embargo de algumas limitações que possam ser encontradas. Tentar fazer com que o direito se torne uma instituição mais humana, ao invés de apenas um meio de dominação burocrática é uma característica da forma de argumentação que Atienza defende. Assim, o direito incorporaria métodos mais eficientes de compor conflitos e de tomar decisões, reproduzindo meios comunicativos convincentes não só para um grupo restrito, mas para uma gama mais ampla de destinatários.

5.2.2. O papel da lógica na argumentação

Dentre as outras formas argumentativas, é importante também o estudo da lógica como uma concepção formal a complementar a visão do fenômeno da argumentação jurídica.

A lógica no direito possui características especiais, sendo aplicáveis tanto a lógica dedutiva, como a lógica não dedutiva. De forma resumida, a lógica dedutiva, ou formal, é aquela que adota um modelo matemático tradicional, isto é, do silogismo, valendo-se de alguns axiomas básicos, tais como a exclusão do terceiro, a não contradição, da identidade, entre outros. A validade jurídica também possui forma axiomática, a qual se baseia em tautologias, que representam enunciados formalmente verdadeiros.

Atienza critica a visão exagerada por parte de outros autores, de que a lógica tradicional não seria aplicável ao direito. Para ele, isso só é verdadeiro em parte, pois esta se insere em um contexto mais amplo de argumentação.

⁵⁷ Idem. *El Derecho como Argumentación*, p. 80.

A lógica dedutiva é aplicável sem grandes dificuldades nos casos rotineiros, já bem assentados pela tradição judicial, porém, naqueles casos em que ocorre a problematidade das premissas, os casos difíceis, são necessários métodos mais complexos de abordagem. A distinção feita por Atienza entre os casos fáceis e os casos difíceis, ocorre de acordo com a aplicabilidade ou não da lógica dedutiva⁵⁸, a qual será abordada mais detalhadamente no capítulo subsequente.

É correto dizer apenas que, com as limitações do uso da lógica formal para o direito, encontram-se especificidades na lógica jurídica como um todo. As limitações da lógica formal consistem no fato de esta não ser capaz de dizer como estabelecer as premissas, nem como passar delas às conclusões⁵⁹. A lógica dedutiva é capaz apenas de dar critérios formais de correção, todavia estes podem levar a conclusões inaceitáveis, porque se trata de um método que não determina como se deve decidir, mas que apenas fornece um meio de dar uma aparência de correção.

A distinção entre correção formal e correção material é um passo importante para se perceber as limitações da lógica dedutiva. Esta última assume a forma clássica de silogismos e, adotada isoladamente, não permite atingir a correção material, ou seja, não permite excluir as falácias não formais (que consideram aspectos não inseridos no raciocínio, mas que poderiam influenciar no seu resultado), nem as falácias de concernência e de ambigüidade. Somente são excluídos os argumentos manifestamente inválidos, mas não os aparentemente válidos, mas que são inválidos por outros motivos.

A correção material é aquela que ultrapassa os limites da correção formal, tratando-se de uma propriedade de argumentos válidos, que afasta tanto as falácias de ambigüidade e de concernência, como são levados em consideração também aspectos não inseridos na operação. Requer-se, portanto, uma lógica não apenas dedutiva, mas outras formas mais completas de raciocínio, tal como a lógica deôntica.

A lógica deôntica é um tipo de operação da lógica não formal que distingue a coação intelectual da atividade de persuasão⁶⁰. A coação intelectual é efetuada pelos lógicos matemáticos, cientistas e detetives. No direito, a persuasão é uma atividade mais comum do que a imposição sendo, portanto, mais propriamente jurídica.

⁵⁸ Idem. *Tras la Justicia*. p. 24.

⁵⁹ Idem. *Cuestiones Judiciales*. p. 14.

⁶⁰ Idem. *As Razões do Direito*. p. 41.

Os argumentos não dedutivos são característicos da lógica deôntica. São aqueles argumentos em que a passagem das premissas à conclusão não é necessária, mas apenas plausível, possuindo um caráter institucionalizado. Uma espécie de argumento não dedutivo é a abdução. Tais como propostas por C. S. Peirce, as abduções constituem o raciocínio inverso ao dedutivo, em que, de acordo com presunções, infere-se a hipótese mais plausível para uma regra, a fim de chegar à conclusão mais razoável.

As suposições ou analogias também são parte da lógica não formal e constituem formas muito usuais de trabalhar o direito, as quais operam de maneira diferente da lógica dedutiva. São silogismos práticos, válidos enquanto se sustentarem diante de críticas e de confrontações com a realidade cotidiana, e que devem possuir a utilidade de possibilitar coerência externa em relação a todo tipo de dado que possua concernência com o caso levado a juízo.

Além das singularidades apontadas, Atienza observa que até mesmo o silogismo, quando aplicado às especificidades do meio judicial, recai fora dos limites da lógica pura, ou lógica formal. A conclusão nem sempre se faz necessária na lógica judiciária, ao contrário do que ocorre com os argumentos matemáticos. No dispositivo de uma sentença sucede a escolha do momento em que o raciocínio deve ser cessado. Em um exemplo de conclusão judicial: “Decidimos que...”, simplesmente há a opção do julgador pelo momento em que o raciocínio deve se esgotar e passar à decisão.

Em adição a isso, o silogismo judicial é caracterizado pela lógica não monotônica. Pelo fato de o fim da operação não ser necessária, em um sentido de coação intelectual, é sempre possível se modificar a conclusão, ao se acrescentarem novas informações. Logo, é possível argumentar-se *ad infinitum* se houverem recursos suficientes.

Ademais, é característico do pensamento jurídico não expor todas as suas premissas. O silogismo judicial é marcado por argumentos entimemáticos, que é o que representa essa não exposição da inteireza das premissas, isto é, existe um subtexto sobre o qual se supõe que esteja sendo construída a argumentação.

Em se falando de argumentação jurídica, há também que serem levados em consideração seus aspectos normativos e fáticos. Em outras palavras, ao invés de

buscar contradições lógicas internas ao raciocínio efetuado, levantam-se as consequências inaceitáveis a que o raciocínio pode levar⁶¹, sendo freqüente a justificação externa no direito.

Na lógica formal, a justificação é interna, pois dentro da operação é exibido todo o desenvolvimento do raciocínio. No entanto, na argumentação jurídica, a justificação é, com muito mais freqüência, externa, pois ao valor das premissas é inferido por dados que não são todos demonstrados na argumentação. Na justificação interna, a validade da conclusão é avaliada pelo cotejo do resultado diante das premissas, enquanto que na justificação externa o que se avalia é a qualidade das premissas.

A argumentação jurídica, portanto, não nega a lógica dedutiva, porque esta última constitui um dos aspectos da primeira, à qual se acrescenta a lógica não formal, que se difere pelo caráter de não necessariedade e subjetividade da sua concepção de argumento. A argumentação jurídica deve respeitar as regras do discurso prático, tais como universalidade, coerência, aceitabilidade das consequências, além das regras específicas do discurso jurídico.

A lógica do direito, logo, não se esgota na idéia de lógica formal, mas dela não pode prescindir. Como a lógica no direito não se esgota na idéia de raciocínios dedutivos, característicos da lógica formal, abre-se espaço para o uso de argumentos de cunho não dedutivo, porque existem ocasiões em que necessitamos argumentar, mas não podemos recorrer a noções gerais aplicáveis à espécie de onde se poderia extrair uma conclusão aplicável à espécie, sendo desta maneira que a lógica não formal se encontra também nos domínios da argumentação jurídica.

5.2.3. O papel da retórica na argumentação

A argumentação jurídica, na proposta de Manuel Atienza, vai além da razão e da lógica jurídica, adentrando os domínios da retórica, em uma acepção pragmática de argumentação jurídica.

A retórica compõe-se de formas argumentativas não coercivas, que atentam para os fatores psicológicos do ser humano. Trata-se de um método que capacita raciocinar, a partir de opiniões de aceitação geral, acerca de qualquer problema que

⁶¹ Ibid. p. 39.

se apresente e habilite, na sustentação de um argumento, a se esquivar da afirmação de qualquer outro argumento que o contrarie⁶².

A retórica se vale do emprego desempenhado pelos sentimentos e paixões na vida prática do direito. Este papel deve ser levado em consideração por aqueles que possuem interesse prático na argumentação cotidiana⁶³. Os sentimentos não podem ficar de fora de uma visão completa do direito, tendo em vista que este é, ao mesmo tempo, um instrumento e experiência humana.

Atienza enxerga-o como uma prática de resolver problemas, através da qual é possível enfrentar e resolvê-los de modo contínuo. O ordenamento jurídico deve ser visto como um universo de instituições e normas em permanente troca com a realidade social, através de instrumentos da argumentação sobre problemas, tal qual um mecanismo institucional que se define fundamentalmente por suas formas de reação ante a natureza da realidade social.

A razão e a emoção não são como a “água e o azeite”, que não se misturam, mas guardam entre si uma relação interna. Existe na emoção uma reconhecida dose de razão, uma lógica interna dos sentimentos, e a razão sem a emoção torna-se oca, pois se existe razão é razão para algo, não constituindo ela uma categoria independente.

Sendo assim, a retórica se soma às demais concepções de argumentação, com o intuito de impedir que o direito seja abandonado a ideologias irracionais e acepções no direito que apenas revestem a coerção.

5.2.4. Conclusão

Diferentemente de Dworkin, Atienza admite que o pensamento jurídico não leve sempre a uma única resposta correta para cada caso, nem a uma interpretação reputada correta acima das demais. O que este último acredita é que pode ocorrer justamente o contrário, que o direito não seja sempre capaz de dar uma resposta justa para todos os casos, e o juiz restar paralisado perante um caso para o qual o direito não fornece quaisquer respostas satisfatórias. São por ele denominados de casos trágicos.

⁶² ARISTÓTELES. *Órganon*. 1.^a Ed. São Paulo: Edipro, 2005. *Tópicos*. Livro I, p. 347.

⁶³ ATIENZA, Manuel. *Cuestiones Judiciales*, p. 21.

Atienza defende que as normas jurídicas não constituem razões autônomas, e que a moral possui papel relevante na interpretação do direito. A função do jurista deve ser perseguir objetivos políticos e sociais valiosos, sem abandonar critérios jurídicos para tanto⁶⁴.

É sob esse enfoque, resumidamente, que Atienza trabalha a argumentação jurídica, e a partir do qual serão dados alguns desdobramentos dessas concepções quando transpostas para a realidade da discricionariedade judicial.

Tendo sido visto de forma sumária um pouco da concepção de Atienza sobre a argumentação jurídica, é preciso tratar propriamente da discricionariedade judicial sob este prisma.

⁶⁴ Ibid. p. 19.

6. A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL EM MANUEL ATIENZA

Para a proposição de uma forma de se abordar a discricionariedade judicial, é preciso frisar inicialmente que, para Atienza, ela existe em um número limitado de casos. Para compreender esta afirmação, é preciso relembrar a distinção feita entre casos fáceis e casos difíceis.

Os casos fáceis são os casos rotineiros, onde não há discricionariedade, já que se assume que dentro dele não haja mais problemas a serem resolvidos pelo julgador, além da mera subsunção do caso a uma norma. Como já foi dito, é aplicável nele a lógica dedutiva sem grandes dificuldades. A discricionariedade judicial surge nos chamados casos difíceis, ou seja, no momento em que ocorram dificuldades na formulação de premissas para o caso concreto

A fim de abordar a problematidade das premissas, requer-se partir da noção de argumentação no direito, no sentido do que já foi abordado. A argumentação é um fenômeno complexo, mas, complementando-se aquilo que foi exposto no capítulo precedente, é preciso demonstrá-la sob a perspectiva de um procedimento que envolve o uso do argumento. Um argumento, na concepção formal, é um encadeamento de proposições, postas de tal maneira que a uma delas, as premissas, se sigam as outras, conclusões. As premissas, na argumentação prática, são razões que servem para justificar a conclusão⁶⁵.

Está claro, portanto, porque a problematidade das premissas interrompe todo o processo argumentativo, gerando desordem no processo de resolução de problemas. Não se pode passar delas à conclusão, nem a conclusão se mostra coerente com as premissas adotadas.

Atienza identifica as origens da dificuldade na formulação de premissas como advindas, ora da valoração diferente dos elementos probatórios, ora da divergência na interpretação das normas.

Esta dificuldade pode decorrer, ou da existência de excesso de informações a serem levadas em consideração, os quais devem ser questionados quanto a sua relevância e pertinência, ou pode haver ausência de dados sobre o caso a ser decidido. De todo modo, a controvérsia na escolha das premissas constitui o ponto

⁶⁵ Idem. *As Razões do Direito*. p. 29.

de partida para a distinção entre os casos fáceis e os casos difíceis, de acordo com a aplicabilidade ou não da lógica dedutiva.

Enfim, sob este enfoque fica bem identificado o campo em que atua a discricionariedade judicial. Atienza propõe um método baseado na Teoria da Argumentação Jurídica que permitirá trabalhar a dificuldade na formulação de premissas, de modo a diminuir a incerteza na resolução dos casos difíceis, do que passaremos a tratar a seguir.

6.1. A problemática da resolução dos casos difíceis

Atienza afirma que os casos difíceis surgem quando presentes lacunas no para a resolução do caso concreto. As lacunas podem ser ou normativas ou axiológicas. As primeiras existem onde o ordenamento jurídico não forneça solução para um caso específico, as outras, nos casos que o direito positivo apresente soluções, mas estas se revelam inadequadas no sentido prático ou ético. Da mesma forma, são casos difíceis aqueles em que a valoração dos elementos probatórios apresente-se equívoca perante uma situação concreta, ou quando for divergente a interpretação que se faz de uma norma, por parte de diferentes intérpretes.

Existem circunstâncias específicas em que a valoração de elementos probatórios e a divergência na interpretação podem ocorrer. A hermenêutica e a avaliação probatória podem encontrar obstáculos pelo excesso de informações ou pela sua escassez em torno do caso a ser enfrentado⁶⁶. Uma interpretação que se faz de uma mesma norma pode ser diferente em um caso e em outro, porque, da forma como o ordenamento jurídico dispõe sobre a interpretação das normas, é possível justificar-se interpretações distintas, sem que se possa afirmar que uma orientação haja infringido alguma regra interpretativa.

Uma regra interpretativa é o critério do qual se vale o intérprete para dar coerência ao seu raciocínio jurídico. São exemplos de formas de raciocínio jurídico as antigas formas de interpretação conhecidas por critérios de hermenêutica, a interpretação literal, sistemática e teleológica, entretanto, Atienza adiciona outros tipos de racionalidade a estes. Entre a racionalidade sistemática e teleológica encontra-se a racionalidade pragmática e sobre todas elas encontra-se a racionalidade ética.

⁶⁶ Idem. *Cuestiones Judiciales*, p. 16.

A pergunta crucial é, portanto, quais as razões para se preferir uma regra interpretativa à outra?

A proposta da Argumentação Jurídica para o enfrentamento desta questão não é outra senão a de avaliar a qualidade da fundamentação de uma decisão. Fundamentar uma decisão é diferente de explicá-la, porque aquela representa dar razões que justifiquem um curso de ação, enquanto que a explicação requer dar os motivos, isto é, os antecedentes causais da ação. A análise dos fundamentos da decisão implica na análise das razões que são trazidas para justificá-la, que são formadas no percurso da resolução de um caso difícil.

Existem, para Atienza, fases distintas na resolução de um caso difícil. As fases são: (a) a identificação do problema; (b) detecção da origem do problema; (c) o fornecimento de hipóteses para solucionar o caso; e (d) avaliação da qualidade das hipóteses de solução, fase em que culmina este processo com a escolha de uma delas.

Assim, o início do processo se dá na identificação dos problemas através dos quais se conduz a questão. Os problemas podem ser de relevância, de interpretação, de prova, ou de qualificação. Os problemas de relevância surgem quando houver dúvidas sobre qual norma é aplicável ao caso; os de interpretação, do fato de existir dúvida quanto à interpretação da norma aplicada ao caso; e os problemas de prova, quando houver dúvidas sobre a existência ou condição de uma situação de fato relacionada ao caso. Finalmente, os problemas de qualificação se apresentam quando houver dúvidas sobre se uma determinada norma se aplica ou não ao caso particular, ou seja, se o fato concreto se encontra sob o campo de aplicação de um determinado conceito contido como pressuposto de aplicação da norma⁶⁷.

Uma vez determinada a natureza do problema, deve-se inferir se a origem do mesmo se deve ao excesso ou insuficiência de informação. Pode ser aplicado, para o caso de abundância de informações, o critério de pertinência e relevância, da norma ou do fato, com o intuito de eliminar esse excesso. Em caso de insuficiência de informação o método aconselhado é a proposição de suposições e das analogias, para suprir as lacunas cognitivas com o que comumente se conhece. A

⁶⁷ Idem. *Cuestiones Judiciales*. p. 16.

partir daí, podem ser propostas hipóteses para a solução do caso, fornecendo-se argumentos em favor da interpretação cogitada.

Quando escolhidas as premissas do problema, a conclusão, apesar de não ser a única conclusão possível, como quando da aplicação da lógica formal, basicamente leva o problema à sua conclusão. É preciso passar dessas premissas, os argumentos, à decisão, pondo um fim ao caso difícil. O procedimento judicial permite que esta disputa não se perpetue, em razão de obrigar as partes a não permanecerem continuamente trazendo novos argumentos ao processo. Apesar de a lógica judicial ser não monotônica e os seus argumentos serem entimemáticos, a forma de resolução judicial dos casos permite trabalhar com um universo delimitado, em certo grau, possibilitando ao julgador a oportunidade de solucionar a questão em um período certo de tempo.

Se a solução encontrada é correta ou não é outro problema. A argumentação jurídica permite, da forma como proposta por Atienza, ser um vetor crítico em relação às decisões judiciais, pois permite visualizar o *iter* decisório e o valor das conclusões. Conseqüentemente, são propostos critérios de correção, classificados por Atienza em categorias, diante das quais a decisão deve prevalecer.

6.2. Critérios de correção da decisão

Uma decisão jurídica está racionalmente justificada quando respeita um determinado conjunto de princípios, encontrando-se nos limites da racionalidade formal, ou de um critério de razoabilidade.

Um critério de correção consiste na avaliação crítica dos argumentos utilizados em favor das hipóteses criadas para a resolução de um caso difícil. Geralmente, remonta a uma instância ideal, diante da qual a resposta correta seria aquela à qual um ser racional atingiria se respeitasse as regras do discurso racional. Cada autor que trata do tema da argumentação e do discurso, cria sua própria noção abstrata apta a poder guiar o sujeito; Toulmin recorreu ao espectador imparcial de Adam Smith; Ronald Dworkin, ao seu juiz Hércules; Chaïm Perelman intuiu o auditório universal; Jürgen Habermas, a comunidade ideal de diálogo. Atienza tenta desvendar as regras do discurso racional, que, aparentemente, constituem a sua instância ideal de argumentação.

As regras que uma decisão jurídica deve respeitar para poder ser considerada correta são concernentes à obediência dos princípios de consistência, universalidade e coerência⁶⁸. Além disso, é necessário que não seja omitida a utilização de alguma fonte de direito de caráter vinculante como premissa; nem, igualmente, desconheça fatos provados da forma devida. Por fim, é necessário que não se utilize como elementos decisivos da fundamentação critérios éticos, morais e políticos não previstos especificamente pelo ordenamento jurídico⁶⁹.

Sendo assim, cabe fazer uma explanação sobre os princípios que regem o discurso racional, representando estes o conjunto de balizas interpretativas a que aquele que exerce o poder discricionário deve obedecer.

O princípio da universalidade consiste em aferir se é possível sustentar, sem contradição, o caráter universal do critério aplicado pelo juiz ao caso. Constitui um critério de justiça formal, averiguar se a decisão é *ad hoc* ou se se trata de uma aplicação impessoal e objetiva. O princípio da coerência possui um alcance mais amplo, estando ligado à lógica estabelecida pelos princípios do sistema jurídico. As normas concretas devem poder se subsumir a princípios gerais ou valores que sejam aceitáveis em um sentido que configure uma forma de vida satisfatória. Por fim, o princípio da consistência implica em aferir-se se a decisão conflita com os critérios estabelecidos pelo próprio magistrado. Deve ser verificada a correção da decisão com premissas informativas ou fáticas disponíveis que não entrem em contradição com informações fáticas disponíveis⁷⁰.

Estes não são os únicos princípios que devem ser observados. Uma decisão também deve possuir o mínimo possível de inconvenientes práticos. Sendo assim, ela deve ser tomada com preocupações práticas, e o espectro pragmatista da decisão é uma característica que Atienza ressaltava nela. Assim, o raciocínio recai sobre o que aconteceria se a mesma decisão fosse aplicada a todos os casos. Trata-se do uso do argumento consequencialista. Que consequências, fáticas ou normativas, a decisão produziria se essa decisão concreta fosse aplicada com generalidade. A preocupação durante o uso desta racionalidade se centra no resultado prático da decisão, sendo um princípio de responsabilidade a ser respeitado.

⁶⁸ Idem. *Tras la Justicia*. p. 154.

⁶⁹ Ibid. p. 174.

⁷⁰ Ibid. p. 166.

Estes são os limites da racionalidade formal, vez que toda decisão deve buscar ser universal, coerente e correta, além de possuir o mínimo de inconvenientes práticos possíveis⁷¹.

Uma decisão que recaia fora dos limites da racionalidade formal é uma decisão irracional, sendo assim, arbitrária. Mas entre a racionalidade formal e a irracionalidade existe um terreno chamado “razoabilidade”, que é aplicável quando não puderem ser aceitos os critérios de racionalidade formal; ou quando se atinja um equilíbrio entre as distintas exigências encontradas no caso concreto; obtendo-se o máximo de consenso para a decisão. Isso demonstra o caráter subsidiário e excepcional do critério de razoabilidade⁷².

Todos estes critérios acima, na proposta de Atienza para a argumentação jurídica, são subordinados a um critério último, o de racionalidade ética, em função da concepção unitária e racionalista da argumentação jurídica.

6.3. A concepção unitária e racionalista da argumentação jurídica

Por concepção unitária da argumentação jurídica deve-se entender que, apesar de a argumentação no direito ter características distintas de acordo com o âmbito de aplicação e produção do direito, estes são momentos distintos de um mesmo processo.

Para o exercício da argumentação, é necessário que o jurista disponha de alguma noção de ética, ainda que seja a mais autômata ética do legalismo, ou a mais ingênua ética do ativismo⁷³. A concepção racional de argumentação, deste modo, está ligada ao emprego da racionalidade ética⁷⁴, que opera no último nível de racionalidade ao qual irão se subordinar todos os outros critérios.

Os critérios consistem em racionalidades distintas, que se submetem umas às outras. Os critérios lingüístico, jurídico-formal, pragmático e teleológico pressupõem uma noção de racionalidade instrumental. Eles indicam quais meios são adequados para alcançar certos fins, e se sucedem uns aos outros em ordem crescente de

⁷¹ Ibid. p. 174.

⁷² Ibid. p. 175.

⁷³ A ética do legalismo consiste em considerar tudo aquilo que o direito prescreve como justo. A ética do ativismo caracteriza o juiz que a adota por aplicar todas as suas decisões fundamentando-se unicamente em seus valores morais. Ibidem. p. 240.

⁷⁴ Loc. Cit.

importância do lingüístico, como menor, ao teleológico, como maior, nesta seqüência.

A racionalidade ética irá indicar qual fim é mais importante e demonstrar quais meios podem ou não serem utilizados para a persecução de objetivos sociais valiosos. Desta forma, racionalidade ética sobrepõe-se a todas as outras formas de racionalidade.

A concepção unitária da argumentação jurídica e seu caráter racional permeiam toda a atividade de argumentação realizada neste âmbito. A racionalidade ética, em Atienza, é o critério último de interpretação, o qual permeia toda a atividade interpretativa.

7. CONCLUSÃO

Tentou-se aqui abordar o tema da discricionariedade judicial, diante das teorias de diversos autores, com ênfase na teoria da argumentação jurídica de Manuel Atienza. Terá vingado o trabalho se, ao invés de trazer alguma contribuição própria, lograr reunir alguns dos principais autores que se dedicaram à questão dos limites do intérprete no exercício da função jurisdicional.

Hans Kelsen e a Herbert L. A. Hart tiveram o mérito de preverem a existência da discricionariedade em suas concepções teóricas. Kelsen a concebia de uma maneira muito mais fechada do que Hart, com o ordenamento jurídico abarcando tudo e o intérprete localizado nas frestas do texto; enquanto este último concebia o direito como parte de um fenômeno mais amplo, com o desempenho muito mais forte do exercício da discricionariedade. Acertadamente, ambos reconheciam ao julgador um papel dominante na interpretação, embora com um pouco de exagero. Pode-se dizer que as teorias de ambos servem de esqueleto para uma teoria mais completa do poder decisório, pois ainda não se encontra neles a maneira pela qual o poder discricionário melhor pode ser exercido.

A idéia de interpretação criativa de Ronald Dworkin mudou completamente o perfil da discricionariedade trazida pelos positivistas. Os critérios subjetivos deram lugar à idéia de intersubjetividade, esvaziando propostas deterministas ou decisionistas. Encarar o direito como uma obra coletiva, acompanhadas da exigência de coerência na interpretação, permite reduzir a potencialidade de descaracterização do Poder Judiciário, de instância racional de aplicação do direito para algo pior. A discricionariedade nele se torna temperada por vínculos críticos, no qual uma decisão real pode ser cotejada com outras interpretações, selecionadas como as melhores, enquanto permite aferir suas deficiências e méritos diante do sentido geral das interpretações dadas a uma determinada obra.

Manuel Atienza aborda a discricionariedade judicial sob uma perspectiva que valoriza o caráter institucionalizado da argumentação jurídica, visualizada sob os três enfoques distintos de razão, lógica e retórica. Deste modo, são fornecidas visões ricas capazes de acrescentar novos caminhos para a problemática da resolução dos casos difíceis. O autor já é digno de aplausos, somente pelo fato de

haver ousado lançar proposta tão ambiciosa, ao propor de critérios de correção para a fundamentação das decisões.

A teoria do direito pode, a partir dessas contribuições, oferecer opções para a tomada de decisões no âmbito do poder discricionário, apresentando eficientes balizas para a melhor compreensão da atividade jurisdicional e, nos estados democráticos de direito, oferecer condições metodológicas de controle do poder do Estado.

A discricionariedade é, pelo conjunto de autores que foram estudados, um poder que o juiz exerce, no qual não sofre coerção por parte dos textos normativos. Nas sociedades democráticas e, principalmente, quando o magistrado não possuir representatividade política, este poder deve ser exercido com estrita obediência às regras do discurso racional, mediante um procedimento argumentativo, que obedeça a um critério final de racionalidade ética.

REFERÊNCIA

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 3.^a ed. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

ARISTÓTELES. **Órganon**. São Paulo: Edipro, 2005.

ATIENZA, Manuel. **A Propósito de la Argumentación Jurídica**. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras?portal=0&urlPropia=16984>>. Acesso em: 31 out. 2007.

_____. **As Razões do Direito**. 3.^a ed. São Paulo: Landy, 2003.

_____. **El derecho como Argumentación**. Barcelona: Ariel Derecho, 2006.

_____. **La dimensión Institucional del Derecho y la Justificación Jurídica**. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras?portal=0&urlPropia=17188>>. Acesso em: 31 out. 2007.

_____. **Para una Teoría de la Argumentación Jurídica**. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01471734433736095354480/cuaderno8/Doxa8_02.pdf>. Acesso em: 31 out. 2007.

_____. “¿Que puede la teoria por la pratica judicial?”, in ATIENZA, Manuel. **Cuestiones judiciales**. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, S.A., 2001.

_____. **Tras la Justicia**. Barcelona: Ariel Derecho, 2006.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BASTOS, Aurélio Wander. **O Conceito de Direito e as Teorias Jurídicas da Modernidade**. Disponível em: <<http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista1/artigo2.htm>> Acesso em: 11 de maio de 2008.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm> Acesso em: 10 de junho de 2008.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação. Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21.^a ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DI MARZIO, Fabrizio. **Interpretazione Giudiziale e Costrizione. Ipotesi sulla Legittimazioni della Discrezionalità Interpretativa**. Rivista di Diritto Civile, anno 52, n.º 3, maggio-giugno. Padova: Cedam, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 1.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma Questão de Princípio**. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. 1.^a ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. 1.^a Ed. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 2.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HOLLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1986.

LAPORTA, Francisco J. **El Derecho en Acción**. El País. 24/06/2006. Disponível em:
<<http://www.elpais.com/articulo/ensayo/derecho/accion/elpepuculbab/20060624elpbaben>>. Acesso em: 07 de maio de 2008.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação, a Nova Retórica**. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.